

Der Nebenbesitz

Versuch einer Lösung auf Grund der Entwicklung des Besitz-
begriffs seit Friedrich Carl von Savigny

INAUGURAL-DISSERTATION
zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
des Fachbereichs Rechtswissenschaften
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von
Ursula Brem
Richterin
aus Gensungen

1975

Marburg 1976

Der Nebenbesitz

**Versuch einer Lösung auf Grund der Entwicklung des Besitz-
begriffs seit Friedrich Carl von Savigny**

**INAUGURAL-DISSERTATION
zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
des Fachbereichs Rechtswissenschaften
der Philipps-Universität zu Marburg**

**vorgelegt von
Ursula Brem
Richterin
aus Gensungen**

Marburg 1976



Als Dissertation von dem Fachbereich Rechtswissenschaften
angenommen am: 26. Juni 1975

Berichterstatter: Professor Dr. Leser

Mitberichterstatter: Professor Dr. Kaufmann

Tag der mündlichen Prüfung: 30. Juni 1975

G l i e d e r u n g

=====

	Seite
<u>Einleitung</u>	1
A. Einführung in das Problem	1
B. Abgrenzung des Nebenbesitzes von ähnlichen Besitzformen	2
I. Mittelbarer Mitbesitz (§§ 866, 868)	2
II. Stufenbesitz (§ 871)	3
C. Lösungsweg: Die geschichtliche Entwicklung des mittelbaren Besitzes seit dem 19ten Jahrhundert	3
<u>Erster Teil: Darstellung des heutigen Meinungsstandes</u>	5
A. Der Nebenbesitz in Rechtsprechung und Literatur	5
I. Die "Lagerhalterfälle" des Reichsgerichts und die "Vorbehaltskäuferfälle" des Bundesgerichtshofes	5
1. RGZ 105, 413 - "Bromkali-Fall"	5
2. RGZ 119, 152 - "Stahlwellen-Fall"	5
3. RGZ 135, 75 - "Erster Zuckerfall"	7
4. RGZ 138, 265 - "Zweiter Zuckerfall"	8
5. BGHZ 28, 16	9
6. BGHZ 50, 45	9
II. Ablehnung des Nebenbesitzes	11
1. Beendigung des bisherigen mittelbaren Besitzes	12
a) Unmöglichkeit einer Besitzberechtigung mehrerer nebeneinander	12
aa) auf Grund des Gesetzeswortlautes	12
bb) von der Logik her	13
cc) resultierend aus dem Willen des Besitzmittlers	14
dd) aus der Interessenlage	15
b) Numerus clausus der Sachenrechte	15
c) Gefährdung der Rechtssicherheit	16
2. Keine Entstehung neuen mittelbaren Besitzes	16
a) aus rechtspolitischen und -ethischem Bedürfnis	16
b) wegen aufschiebender Bedingtheit des Besitzkonstituts	17
3. Besitzstufung nach § 871	18

III. Anerkennung des Nebenbesitzes	19
1. im Anschluß an die Entscheidungen des Reichsgerichts	19
a) Gleichsetzung mittelbarer Besitz - Besitzverhältnis (insbes. Manigk)	20
b) Möglichkeit der Beherrschung der Sache (Probst)	21
c) Gesamtverhalten als Indiz für Besitzmittlungswillen (Dölle, Wolff, Kober)	21
2. in neuerer Zeit	23
a) objektive Möglichkeit der Einwirkung (Westermann, Wessels)	23
b) "Doppelspiel" des Besitzmittlers	25
c) Anerkennung beider mittelbaren Besitzer durch den Besitzmittler in den "Vorbehaltskäuferfällen"	26
d) Analogie zu den den mittelbaren Besitz regelnden Normen (Weise)	27
B. Stellungnahme	28
C. Zusammenfassung	38
<u>Zweiter Teil:</u> Abhängigkeit des mittelbaren Besitzes vom Mittlungswillen des Besitzmittlers	42
A. Besitzwille und Besitzmittlungswille	42
B. Die Entwicklung des Besitzbegriffs seit dem 19ten Jahrhundert	44
I. Der Besitzbegriff des späten 19ten Jahrhunderts	44
1. Die Subjektivitätstheorie F.C.v.Savigny's	45
2. Die Objektivitätstheorie R.v.Jherings	51
II. Die Vorarbeiten zum BGB und die sich auf den mittelbaren Besitz beziehenden Normen des BGB	61
1. Die Entwürfe zum BGB	61
a) Der Teilentwurf Johow's und der Entwurf erster Lesung	61
b) Der Gegenentwurf Bähr's	66
c) Der Entwurf zweiter Lesung	67
2. Die den mittelbaren Besitz regelnden Normen des BGB	74
III. Die Auslegung des § 868 BGB	78
1. in den ersten Jahren der Geltung des BGB	80
a) subjektive Auslegung	80
b) objektive Interpretation	84

	Seite
2. in neuerer Zeit	87
a) mittelbarer Besitz als geistige Sachherrschaft	88
b) mittelbarer Besitz beruht auf dem Rechtsverhältnis	90
C. Zusammenfassung und Ergebnis	90
<u>Dritter Teil:</u> Lösung des Problems des Nebenbesitzes	97
A. Auswirkung des im zweiten Teil gewonnenen Ergebnisses auf die Frage nach dem Nebenbesitz	97
B. Aus der Anerkennung des Nebenbesitzes sich ergebende Konsequenzen	99
I. Verhältnis Nebenbesitzer - Besitzmittler	100
II. Beziehung der Nebenbesitzer zu Dritten	101
III. Verhältnis der Nebenbesitzer untereinander	103
C. Zusammenfassung	107

Literaturverzeichnis

- Aravantinos Die Anfechtbarkeit der Besitzübertragung im deutschen bürgerlichen Recht.
JherJb 48, 101 ff
- Arndts, Ritter von Arnesberg Lehrbuch der Pandekten. 14. Aufl.
Stuttgart 1889
- Bähr, Otto Ein weiterer Beitrag zum bürgerlichen Gesetzbuch.
ArchBürgR 2, 97 ff
- Baron, Julius Zur Lehre vom Besitzwillen.
JherJb 29, 192 ff
- Noch einmal der Besitzwille.
JherJb 30, 197 ff
- Bartels Ausführungen zur Besitzlehre des Gruchot 42, 645 ff
- Baur, Fritz Lehrbuch des Sachenrechts. 8. Aufl.
München 1975
- Bekker, Ernst Immanuel Der Besitz beweglicher Sachen.
JherJb 34, 1 ff
- Zur Reform des Besitzrechtes.
JherJb 30, 235 ff
- Biermann, Johannes Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 3. Aufl., Berlin 1911
- Binder, Julius Die Rechtsstellung des Erben nach dem deutschen bürgerlichen Gesetzbuch. Teil 1. Leipzig 1901
- Boehmer, Gustav Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung. Band II, 2. Tübingen 1959
- Brinz, Alois Lehrbuch der Pandekten. Band 1. 2. Aufl., Erlangen 1873
- Bruns, Carl Georg Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart.
Tübingen 1848
- Bruns, Viktor Besitzerwerb durch Interessenvertreter. Ein Beitrag zur Besitzlehre des BGB. Tübingen 1910
- Bühning Die Sicherungsübereignung eines Warenlagers.
NJW 1959, 1067 f
- Buhl, Heinrich Das Recht der beweglichen Sachen dem Bürgerlichen Gesetzbuche.
Berlin 1901
- Cosack, Konrad Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 8. Aufl., Jena 1924
- Crome, Karl System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Band III. Tübingen 1905

- Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches nebst drei Anlagen. Berlin 1896
- Dernburg, Heinrich
Entwicklung und Begriff des juristischen Besitzes des römischen Rechts. Halle 1883 (zit.: Entwicklung)
Pandekten. Band 1. 3. Aufl., Berlin 1892 (zit.: Pandekten)
Das Sachenrecht des Deutschen Reichs und Preußens. 4. Aufl., Halle 1908, (zit.: Sachenrecht)
- Dölle, Hans
Anmerkungen zu RG JW 1932, 1212 und 3763
- Endemann, Friedrich
Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Band 2., 8. und 9. Aufl., Berlin 1905
- Enneccerus-Kipp-Wolff
Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Band 2. Recht der Schuldverhältnisse. 14. Bearb. von H. Lehmann. Tübingen 1954 (zit.: Enneccerus-Lehmann)
Band 3. Sachenrecht. 10. Bearb. von Wolff-Raiser. Tübingen 1957. (zit.: Wolff-Raiser)
- Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Sachenrecht. Vorlage des Redakteurs R. Johow. Berlin 1880. (zit.: Teilentwurf)
- Erman, Walter
Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Band, bearb. von Harm P. Westermann, 3. Aufl., Münster 1962
- Ferid, Murad
Das französische Zivilrecht. Band 2. Frankfurt 1971
- Fleck, Ernst
Der Bote (nuntius). ArchBürgR 15, 337 ff
- Georgiades, Apostolos
Die Eigentumsanwartschaft beim Vorbehaltskauf. Zur Theorie der dinglichen Anwartschaften. Tübingen 1963
- Gierke, Julius von
Bürgerliches Recht. Sachenrecht. 4. Aufl., Berlin 1959
- Gierke, Otto von
Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Jena 1897. (zit.: Fahrnisbesitz)
Deutsches Privatrecht. Band II. Sachenrecht. Leipzig 1905. (zit.: DPR)
- Goldmann, Eduard-Lilienthal, L
Das Bürgerliche Gesetzbuch. Band II. Berlin 1912

- Goldschmidt, Levin
Studien zum Besitzrecht.
In Festgabe für Rudolf von Gneist
zum Doktor-Jubiläum.
Berlin 1888
- Grützmann, Paul
Über Dernburg. Das bürgerliche Recht
des Deutschen Reichs und Preußens.
Band III.
in: KritViertSchr 41, 496
- Henke, Horst-Eberhard
Der Vorbehaltskäufer - doppelter
Besitzmittler.
JZ 1959, 202 ff
- Herschel, Wilhelm
Anmerkung zum Urteil des RG vom
11. Nov. 1932; 235/32 VII
JW 1933, 1997 f
- Hirsch, Paul
Die Prinzipien des Sachbesitzerwerbes
und -verlustes nach römischem Recht.
Leipzig 1892
- Hoche, Ulrich
Besitzerwerb und Besitzverlust durch
Besitzdiener.
JuS 1961, 74 ff
- Hummel, Jörg Dieter
Gleichstufigkeit bei Mitbesitz ?
MDR 1967, 967 ff
- Jhering, Rudolf von
Der Besitz.
JherJb 32, 41 ff
Der Besitzwille. Zugleich eine Kritik
der herrschenden juristischen Methoden
Jena 1889
Über den Grund des Besitzschutzes.
2. Aufl., Jena 1869
- Isay, Hermann
Die Geschäftsführung nach dem Bürger-
lichen Gesetzbuche für das Deutsche
Reich. Jena 1900
- Jung, Erich
Willensänderung des Besitzmittlers.
Das Recht 1919, 353 ff
- Karlowa, Otto
Römische Rechtsgeschichte. Band II,
Teil 1. Leipzig 1901
- Keller, Friedrich
Pandekten. Leipzig 1861
- Kniep, Ferdinand
Der Besitz des Bürgerlichen Gesetz-
buchs gegenübergestellt dem römischen
und gemeinen Recht. Jena 1900
- Kreß, Hugo
Besitz und Recht.
Nürnberg und Leipzig 1909
- Kretzschmar, Ferdinand
Das Sachenrecht des Bürgerlichen
Gesetzbuchs. Leipzig 1906
- Kuntze, Johannes Emil
Zur Besitzlehre. Für und wider
Rudolf v. Jhering. Leipzig 1890
- Landsberg, Ernst
Das Recht des Bürgerlichen Gesetz-
buchs. Band II. Berlin 1904

- Lange, Hermann Eigentumserwerb im Falle des § 934 Halbs. 1 BGB - BGHZ 50, 45 ff. JuS 1969, 162 ff
- Last, Adolf Fragen der Besitzlehre. JherJb 63, 71 ff
- Lent-Schwab Sachenrecht. 13. Aufl., München 1972
- Lenz, Gustav Das Recht des Besitzes. Berlin 1860
- Leonhard, Franz Vertretung beim Fahrnisserwerb. Leipzig 1899
- Maenner, Karl Das Sachenrecht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche und der Grundbuchordnung für das Deutsche Reich. 2. Aufl., München 1906
- Mandry Zur Lehre vom Besitzwillen. AcP 63, 1 ff
- Manigk, Alfred Anmerkung zu RG JW 1928, 398 ff
- Medicus, Dieter Bürgerliches Recht. 6. Aufl., Köln 1973
- Meischeider, Emil Besitz und Besitzschutz. Studien über alte Probleme. Berlin 1876
- Mengelkoch Welche Beziehungen bestehen zwischen der Gültigkeit des Rechtsverhältnisses und dem Entstehen mittelbaren Besitzes nach § 868 BGB ? JherJb 76, 53 ff
- Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Band 3. Berlin 1888
- Müller, Arthur Die Zulässigkeit der Veräußerung künftiger Mobilien. Gruchot 54, 226 ff
- Müller-Erzbach, Rudolf Das Recht des Besitzes aus der vom Gesetz vorausgesetzten Interessen- und Herrschaftslage entwickelt. AcP 142, 5 ff
- Mugdan, B. Die gesamten Materialien zum BGB. Band 3. Sachenrecht. Berlin 1899
- Oertmann, Paul Über Klein. Sachbesitz und Ersitzung. Grünhut's Zeitschrift 20, 189 ff
- Palandt, Otto Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar. 34. Aufl., München 1975
- Paulus, Gotthard Kreditsicherung durch Übertragung von Eigentum und Anwartschaften. JZ 1957, 41 ff
- Pflüger, H. H. Die sogenannten Besitzklagen des römischen Rechts. Leipzig 1890
- Planck-Brodmann Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. Band III. Sachenrecht. 4. Aufl., Berlin 1920

- Pohle, Rudolf Anmerkung zum Urteil des BGH vom 13.6.1956 - IV ZR 24/56. MDR 1956, 732 ff
- Probst, Adolf Mehrfacher, gleichstufiger mittelbarer Besitz und gutgläubiger Eigentumserwerb nach § 934 BGB. ZHR 101, 199 ff
- Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. Band III. Berlin 1899. Band IV. Berlin 1897. (zit.: Protokolle II)
- Przibilla, Em Zur Lehre vom mittelbaren Besitz. JW 1908, 395
- Puchta, Georg Friedrich Pandekten. 12. Aufl., Leipzig 1877
- Randa, Anton Der Besitz mit Einschluß der Besitzklagen nach österreichischem Rechte mit Berücksichtigung des gemeinen Rechtes, des preußischen, französischen und italienischen, des sächsischen und zürcherischen Gesetzbuches. 4. Aufl., Leipzig 1895
- RGRKommentar Kommentar von Reichsgerichtsräten zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band III. Teil 1. 11. Aufl., Berlin
- Riccobono Die 1.5. pr.D. ad exhibendum für die Willenstheorie im Besitz. AcP 80, 124 ff
- Rötelsmann, Wilhelm Anmerkung zu BGH - V ZR 120/52. MDR 1954, 96 ff
- Rohde, Ernst Studien im Besitzrecht. Band 2. Marburg 1913
- Rosenberg, Leo Sachenrecht. Halbband 1. München 1919
- Sandtner, Walter Kritik der Besitzlehre. Diss. München 1968
- Savigny, Friedrich Carl von Das Recht des Besitzes. Eine civilistische Abhandlung. 7. Aufl. 1864
- Schlegelberger, Franz Bürgerliches Gesetzbuch. Band III. Sachenrecht. Berlin 1939
- Schubert, Werner Die Entstehung der Vorschriften des BGB über Besitz und Eigentumsübertragung. Diss. Berlin 1966
- Soergel-Siebert Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar. Band IV. Sachenrecht. 10. Aufl., Stuttgart 1968
- Sokolowski, Paul Die Philosophie im Privatrecht. Band II. - Der Besitz im klassischen Recht und dem deutschen bürgerlichen Gesetz. Unveränderter Neudruck der Ausgabe Halle 1907. Aalen 1959

- Staudinger, Julius von
Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
Band I. Allgemeiner Teil. §§ 1-240,
erl. von H. Coing,
11. Aufl., Berlin 1957.
Band III. Sachenrecht. 1. Teil.
§§ 854-928, erl. von G. Seufert,
11. Aufl., Berlin 1956.
Band III. Sachenrecht. 1. Teil.
§§ 929-1011, erl. von H. Berg,
11. Aufl., Berlin 1956.
Band III. 1. Teil, erl. von K. Kober,
10. Aufl., Berlin u. Leipzig 1935
- Stintzing, Wolfgang
Der Besitz. Eine rechtswissenschaft-
liche Abhandlung.
Erster Teil: Der Sach-Besitz.
Erstes Buch: Wesen desselben,
München 1889 (zit.: Wesen).
Zweites Buch: Das Recht des (Sach-)
Besitzes. München 1895 (zit.: Recht)
- Strohal, Emil
Der Sachbesitz nach dem BGB.
JherJb 38, 1 ff
- Thibaut, Anton Friedrich
Justus
System des Pandektenrechts.
Band I. 6. Aufl., Jena 1823
Über possessio civilis.
AcP 18, 315 ff
- Weise, Christian Ludwig
Zur Dogmatik des Nebenbesitzes.
Diss. München 1966
- Wendt, Otto von
Der mittelbare Besitz des Bürger-
lichen Gesetzbuchs.
AcP 87, 40 ff
Besitz und Besitzwille. Festschrift
für die Juristische Fakultät Gießen.
Gießen 1907
- Wessels, Johannes Franz
Der gleichstufige mittelbare Neben-
besitz.
Diss. Münster 1952
- Westermann, Harry
Probleme der Sicherungsübereignung
von Warenlagern. Zugl. eine Be-
sprechung der Entscheidung des BGH
vom 13.6.1956.
NJW 1956, 1297
Sachenrecht. Unveränderter Nachdruck
der 5. Aufl. 1966. Karlsruhe 1973
- Windscheid, Bernhard
Lehrbuch des Pandektenrechts.
Band 1 9. Aufl., bearb. von Theodor
Kipp unter vergleichender Bearbeitung
des deutschen bürgerlichen Rechts,
Frankfurt 1906
- Wolf, Ernst
Lehrbuch des Sachenrechts. Köln 1971
- Zunft
Die Übertragung der Eigentumsanwart-
schaft gemäß § 930 BGB.
NJW 1957, 445 ff

Einleitung

1. Einführung in das Problem

Anhand eines Falles¹⁾ wird die Problematik des Nebenbesitzes deutlich.

Verkäufer V hat an Käufer K Ware unter Eigentumsvorbehalt veräußert. Bis zur vollständigen Zahlung des Kaufpreises durch K wird die Ware bei L eingelagert. L stellt einem Dritten (D), an den K durch Abtretung seines angeblichen Herausgabeanspruchs gegen L übereignet hat, einen Namenslagerschein aus. Nach wie vor liefert L aber auch auf Ab-ruf durch V Ware an Abnehmer des K.

V war nach der Veräußerung an K auf Grund des Eigentums-vorbehalts noch Eigentümer der Ware. Durch die Übergabe an L und den Abschluß eines Verwahrungsvertrages mit L hatte er seinen unmittelbaren Besitz aufgegeben und mittelbaren Besitz begründet. K war noch nicht Eigentümer der bei L lagernden Ware. D, an den er durch Abtretung des Herausgabe-anspruchs übereignete (§ 931²⁾), konnte daher allenfalls gut-gläubig Eigentum erwerben gemäß § 934, und zwar, da K auch nie mittelbarer Besitzer war, nach § 934 2. Alternative. Danach wird der Erwerber dann Eigentümer, wenn er den Be-sitz der Sache von dem Dritten erlangt. Mittelbarer Besitz reicht aus³⁾.

Mit dem Ausstellen des Lagerscheines war zwischen L und D ein Besitzmittlungsverhältnis zustandegekommen. Die Ware, die Gegenstand dieses Verhältnisses ist, war aber auch Gegenstand des Besitzmittlungsverhältnisses L - V. Die Fra-ge ist nun: verliert V durch das neue Besitzmittlungsver-hältnis L - D seinen mittelbaren Besitz und damit auch im

1) er ist eine Vereinfachung der drei vom Reichsgericht entschiedenen "Lagerhalterfälle" (RGZ 135, 75 ff; RG JW 1932, 3763; RGZ 138, 265 ff).

2) Bei Paragraphen ohne Gesetzesbezeichnungen handelt es sich um solche des BGB.

3) Soergel-Mühl, § 934, 3; Palandt-Degenhart, § 934, 3; Westermann, § 48 II 3; BGH NJW 1959, 1536; RGZ 89, 348 (349)

Falle der Gutgläubigkeit des D sein Eigentum ? Oder bleibt ihm der mittelbare Besitz erhalten und vermittelt L den Besitz an ein - und derselben Ware jetzt sowohl dem V als auch dem D ?

Liegen dem Besitz des L von nun an zwei Mitteilungsverhältnisse zugrunde, die nichts miteinander zu tun haben und sich im Grunde nicht miteinander vereinbaren lassen ? Ist ein Nebenbesitz, d.h. ein gleichstufiger mittelbarer Besitz des V und D, beruhend auf verschiedenen voneinander unabhängigen Besitzmittelungsverhältnissen, entstanden ? Ist infolgedessen ein gutgläubiger Erwerb des Eigentums durch D ausgeschlossen, weil die Übertragung mittelbaren Nebenbesitzes unter Umständen nicht die Kraft hat, einen Gutgläubigen gemäß § 934 Eigentum vom Nichtberechtigten erwerben zu lassen ?

B. Abgrenzung des Nebenbesitzes von ähnlichen Besitzformen

Um Verwechslungen und terminologische Mißverständnisse auszuschließen, bedarf es zunächst einer Abgrenzung der Figur des Nebenbesitzes von den ähnlichen Besitzformen des mittelbaren Mitbesitzes und des mehrfach gestuften mittelbaren Besitzes des § 871.

I. Mittelbarer Mitbesitz

Beim gleichstufigen mittelbaren Mitbesitz¹⁾ befinden sich wie beim Nebenbesitz die Herausgabeberechtigten auf derselben Ebene. Aber während sie beim Nebenbesitz in voneinander unabhängiger Beziehung zum Besitzmittler stehen, ist diese Beziehung beim Mitbesitz eine einheitliche. Die Person des mittelbaren Besitzers wird durch die Zuständigkeit des Herausgabeanspruchs bestimmt²⁾. Mittelbarer Besitzer ist stets der Gläubiger des Herausgabeanspruchs. Beim Nebenbesitz bestehen mehrere, mindestens zwei, Herausgabeansprüche aus verschiedenen Verhältnissen, die nicht

1) Der mittelbare Mitbesitz ist im Gesetz nicht erwähnt. Er wird jedoch einstimmig anerkannt. Vgl. Soergel-Mühl, § 866, 4; § 868, 4; Palandt-Degenhart, § 866, 1; v. Staudinger-Seufert, § 868, 9; Wolff-Raiser, § 9 I;
2) Wolff-Raiser, § 8 I 3

gleichgeordnet sind. Beim Mitbesitz existiert nur ein Anspruch, der mehreren Personen zusteht, sei es in der Art der Gesamtgläubigerschaft (§ 428 ff), sei es in der Form der Gläubigerschaft zur gesamten Hand (§§ 432, 1011, 2039). Haben z.B. mehrere Miteigentümer eines Hauses das Haus vermietet, so ist der Mieter als unmittelbarer Besitzer durch einen Mietvertrag berechtigt und verpflichtet; er vermittelt den Besitz an dem Haus mehreren mittelbaren Besitzern aufgrund eines Besitzmittlungsverhältnisses. Die Miteigentümer sind mittelbare Mitbesitzer des Hauses.

II. Stufenbesitz

Beim mehrfach gestuften mittelbaren Besitz des § 871 vermittelt ein unmittelbarer Besitzer den Besitz mehreren mittelbaren Besitzern in nachgeordneter Stufenfolge. Zur Verdeutlichung: A vermietet eine Wohnung an B, B vermietet ein Zimmer der Wohnung weiter an C. An diesem Zimmer hat C unmittelbaren Besitz, B und A sind mittelbare Besitzer, wobei B der nähere, A der entferntere mittelbare Besitzer ist. Hier besteht im Gegensatz zum Nebeneinander des Neben- und Mitbesitzes ein Nacheinander. In der Literatur¹⁾ findet sich zum besseren Verständnis der Unterschiedlichkeit dieser Besitzfiguren der Vergleich mit einer Leiter: mittelbarer Mitbesitz - die mittelbaren Besitzer stehen auf derselben Sprosse einer Leiter; § 871 - die mittelbaren Besitzer stehen auf mehreren Stufen derselben Leiter über- und untereinander; Nebenbesitz - die mittelbaren Besitzer stehen weder auf derselben noch auf verschiedenen Stufen einer Leiter, sondern auf verschiedenen Leitern.

- C. Lösungsweg: Die geschichtliche Entwicklung des mittelbaren Besitzes seit dem 19ten Jahrhundert

1) Soergel-Mühl, § 868, 26; Wolff-Raiser, § 8 II;
v.Staudinger-Kober, § 868, 10, 27;

Die Argumentation sowohl der Gegner¹⁾ als auch der Befürworter²⁾ eines Nebenbesitzes zeigen, daß das Problem des Nebenbesitzes im wesentlichen ein Problem des mittelbaren Besitzes ist. Der Versuch einer Lösung erfordert daher ein Eingehen auf die Struktur des mittelbaren Besitzes, insbesondere auf die Frage, durch welche Ereignisse der mittelbare Besitz beendet wird, und hier besonders, ob der Verlust des mittelbaren Besitzes eintritt, wenn der Besitzmittler seinem Oberbesitzer nicht mehr den Besitz vermitteln will.

Die vorliegende Abhandlung will versuchen, eine Antwort auf die bis heute umstrittene Frage unter besonderer Berücksichtigung der geschichtlichen Entwicklung des mittelbaren Besitzes zu finden. Einen Schwerpunkt der Untersuchung bilden daher neben der Darstellung des heutigen Streitstandes der Besitzbegriff des 19ten Jahrhunderts, die Materialien zum BGB und das Verständnis des mittelbaren Besitzes in den ersten Jahren der Geltung des BGB.

1) s. oben S. 11 ff.

2) s. oben S. 19 ff.

Erster Teil: Darstellung des heutigen Meinungsstandes

A. Der Nebenbesitz in Rechtsprechung und Literatur

I. Die "Lagerhalterfälle" des Reichsgerichts und die "Vorbehaltskäuferfälle" des Bundesgerichtshofes

Mit der Frage "Gibt es einen gleichstufigen mittelbaren Besitz auf der Grundlage mehrerer voneinander unabhängiger Rechtsverhältnisse?" befaßte sich das Reichsgericht in seiner grundlegenden Entscheidung vom 5.2.1932¹⁾.

Der Ausdruck "Nebenbesitz" wurde erst im Anschluß an diese Entscheidung von Dölle²⁾ geprägt. Schon vorher aber hatte das Reichsgericht sich in der Entscheidung vom 5. Dezember 1922³⁾, dem "Bromkali-Fall", mit dieser Frage auseinanderzusetzen.

1. RGZ 105, 413 - "Bromkali-Fall"

Das Reichsgericht verneinte die Möglichkeit, daß der unmittelbare Besitzer nach der Pfändung den Besitz zugleich für den Gerichtsvollzieher und den Hinterleger ausübe. Diese Möglichkeit werde durch das Rechtsverhältnis Verwahrer - Gerichtsvollzieher schlechthin ausgeschlossen. Die Pflicht, das Bromkali dem Gerichtsvollzieher jederzeit zur Veräußerung herauszugeben, ließe sich mit der Pflicht, die Ware für den Hinterleger zu verwahren, nicht vereinigen.

2. RGZ 119, 152 - "Stahlwellenfall"

In dem dieser Entscheidung folgenden Stahlwellenfall⁴⁾ hatte die Firma D im Herbst 1918 größere Posten Stahlwellen auf Lager, die zum Teil der Klägerin, zum Teil der Beklag-

1) RGZ 135, 75 ff = JW 1932, 1212 ff

2) Dölle JW 1932, 1212 u. 3763

3) RGZ 105, 413 ff - Der Gerichtsvollzieher pfändete beim unmittelbaren Besitzer Bromkali, das dieser für einen anderen verwahrte. Das Bromkali blieb weiterhin im Gewahrsam des Verwahrers; zwischen ihm und dem Gerichtsvollzieher wurde ein Besitzmittlungsverhältnis vereinbart.

4) RGZ 119, 152 ff = JW 1928, 398

ten gehörten. Im Oktober 1918 verkaufte die Beklagte Stahlwellen an die M-Werke und ließ an diese durch die Firma D zur Erfüllung des Kaufvertrages unabsichtlich auch drei der Klägerin gehörige Stahlwellen zum Versand bringen. Die Klägerin verlangte Schadensersatz u.a. auch aus §§ 989, 999.

Das Reichsgericht¹⁾ entschied, daß durch den Abschluß des Speditionsvertrages die Firma D der Beklagten gegenüber auf Zeit zum Besitz der drei Wellen berechtigt und verpflichtet worden sei. Die Beklagte sei mittelbare Besitzerin der drei Stahlwellen geworden; durch die Begründung des neuen Besitzmittlungsverhältnisses sei der Besitzstand des früheren mittelbaren Besitzers, der Klägerin, beseitigt worden. Das Reichsgericht²⁾ formulierte folgendermaßen: "Hat der unmittelbare Besitzer, obwohl er einem anderen gegenüber zum Besitz einer Sache gemäß § 868 berechtigt und verpflichtet war, wegen dieser Sache mit einem Dritten ein ebensolches Rechtsverhältnis begründet, demzufolge er nunmehr den Besitz für diesen ausüben will, so ist dadurch der Besitzstand des früheren mittelbaren Besitzers beseitigt worden. Ob dies mit Recht oder Unrecht geschah, ist für den tatsächlichen Besitzerwerb des Dritten ohne Bedeutung. Es kommt auch für die Tatsache des Besitzerwerbs nicht darauf an, ob eine Besitzänderung beabsichtigt war oder ob der unmittelbare Besitzer und der Dritte über die Eigentumsverhältnisse an der Sache im Irrtum waren".

Auf die Möglichkeit eines Nebenbesitzes von früherem und neuem mittelbaren Besitzer ging das Reichsgericht nicht ein.

1) RGZ 119, 152 (154)

2) RGZ 119, 152 (153 f.)

3. RGZ 135, 75 - "Erster Zuckerfall"

Der Entscheidung vom 5. Februar 1932 liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Die verklagte Gesellschaft verkaufte der Firma K in H. 890 Sack gemahlten Zucker. Sie behielt sich das Eigentum an der Ware bis zur vollständigen Bezahlung des Kaufpreises vor, gestattete der Käuferin jedoch, die Ware weiterzuveräußern oder zu verarbeiten. Der Zucker wurde auf dem Steuerlager der Firma P in H. eingelagert. An dieser Ware will die klagende Bank das Eigentum erworben haben auf Grund folgender Vorgänge: Die der Klägerin in erster Instanz als Nebenintervenientin beigetretene W.-C.-A.-AG habe der Firma K gegen Übertragung des Eigentums an den 890 Sack Zucker ein Darlehen gewährt. Die Eigentumsübertragung sei durch Abtretung des Herausgabeanspruchs gegen die Firma P erfolgt, auch habe die Firma P der Nebenintervenientin unter dem 25. Januar 1930 einen "Namenslagerschein" Nr. 2293 über jene 890 Sack Zucker ausgestellt. Sodann habe die Klägerin ihrerseits der Nebenintervenientin ein entsprechendes Darlehen gewährt und von ihr das Eigentum an der Ware am 28. Januar 1930 durch Abtretung der Herausgabeansprüche erhalten. Einen Tag später habe die Firma P der Klägerin in einem Schreiben bestätigt, sie halte die Ware auf ihrem Lager für die Klägerin unter Verschuß und zu deren alleiniger Verfügung und verpflichtete sich, "dieselbe ganz oder teilweise nur gegen von Ihnen ausgestellten Lieferschein bzw. unsere Lagerscheine herauszugeben". Nachdem die Firma K am 27. Februar 1930 ihre Zahlungen einstellte, ohne der Beklagten die 890 Sack Zucker bezahlt zu haben, entstand unter den Prozeßparteien Streit wegen des Eigentums am Zucker.

Das Reichsgericht entschied, daß der Beklagten als der ersten mittelbaren Besitzerin der mittelbare Besitz verloren gegangen sei und die Nebenintervenientin gemäß §§ 934, 931 Eigentum an dem Zucker erworben und nach § 931 auf die

Klägerin übertragen habe¹⁾.

4. RGZ 138, 265 - "Zweiter Zuckerfall"

Die Entscheidung vom 11. November 1932 beruht auf folgendem Sachverhalt:

Der Zuckerhändler St. in H. kaufte im Herbst 1929 größere Mengen Zucker von der Beklagten, die sich das Eigentum bis zur vollständigen Zahlung des Kaufpreises vorbehielt. Da die Beklagte den Zucker vor Bezahlung des Kaufpreises nicht an St. ausliefern wollte, lagerte sie ihn als ihr Eigentum und auf ihren Namen bei dem Lagerhalter K in H gegen Lagerscheine ein, die auf ihren Namen von K ausgestellt wurden. St. übereignete von diesem Zucker durch Vertrag vom 4. Februar 1930 der T Aktiengesellschaft, die dabei als Treuhänderin für die Klägerin tätig wurde, 2900 Sack. Die Übergabe wurde dadurch ersetzt, daß St. seine angeblichen Ansprüche gegen K auf Herausgabe dieser 2900 Sack Zucker an die T AG. abtrat. Diese erhielt über die abgetretene Menge den auf ihren Namen ausgestellten Lagerschein vom 6. Februar 1930 Nr. 151. Nachdem K geflüchtet war, stritten sich die Parteien um das Eigentum an dem Zucker.

In seinem Urteil verweist der erkennende Senat auf RGZ 135, 75 ff und führt aus, daß ein bisheriger mittelbarer Besitzer den mittelbaren Besitz verliere, wenn der Dritte mit dem Erwerber ein Verhältnis im Sinn des § 868 eingehe, das mit dem bisherigen mittelbaren Besitz nicht vereinbar sei.

Das Reichsgericht ist also seit RGZ 105, 413 ff nicht von seinem Standpunkt abgewichen, daß die Begründung eines neuen, mit dem bisherigen nicht zu vereinbarenden, Besitzmittlungsverhältnisses das Erlöschen des früheren mittelbaren Besitzes zur Folge habe.

1) Eine Beendigung des früheren mittelbaren Besitzes durch den Abschluß eines neuen Besitzmittlungsvertrages nahm das Reichsgericht auch in der Entscheidung vom 17. Juni 1932, JW 1932, 3763, an, deren Sachverhalt im wesentlichen mit dem von RGZ 135, 75 übereinstimmt.

5. BGHZ 28, 16

Der Bundesgerichtshof¹⁾ hatte sich 1958 mit folgendem Sachverhalt zu befassen, der Gelegenheit zu einer grundsätzlichen Auseinandersetzung mit der Figur des Nebenbesitzes geboten hätte:

Die Beklagte nahm bei der Klägerin, einer Großbank, laufend Kredit in Anspruch. Zur Absicherung des Kredits schlossen die Parteien einen Sicherungsübereignungsvertrag. In ihm ist bestimmt, daß die Beklagte der Klägerin das Eigentum bzw. das Eigentumsanwartschaftsrecht an den gegenwärtigen und zukünftigen Beständen an Rohmaterial, Halbzeug und Fertigfabrikaten überträgt, die auf einem genau bezeichneten Grundstück lagern.

Nach Ansicht des BGH²⁾ entsteht zwischen Sicherungsnehmer und Vorbehaltsverkäufer kein gleichstufiger mittelbarer Besitz, sondern der Sicherungsnehmer werde mittelbarer Fremdbesitzer ersten Grades, der Vorbehaltsverkäufer mittelbarer Eigenbesitzer zweiten Grades. Es entstehe ein "Besitzgebäude" nach Art des § 871. Damit schließt der BGH die Möglichkeit eines Nebenbesitzes aus. Denn bei § 871 besteht ein Nacheinander der mittelbaren Besitzbeziehungen, die Figur des Nebenbesitzes ist aber nur bei einem Nebeneinander mehrerer mittelbarer Besitzer denkbar.

6. BGHZ 50, 45

Auch in dem Urteil vom 27. 3. 1968³⁾ nimmt der Bundesgerichtshof nicht ausdrücklich Stellung.

Zugrunde liegt folgender Sachverhalt:

Im Dezember 1960 verkaufte die Klägerin der Firma H KG in M eine Fräsmaschine. Die Klägerin behielt sich das Eigentum bis zur vollständigen Zahlung des Kaufpreises vor. Die Käuferin nahm die Maschine in Benutzung. Ein Restkaufpreis von 3.862,45 DM blieb noch offen. Im September 1961 nahm

1) BGHZ 28, 16 ff vom 24. Juni 1958

2) BGHZ 28, 16 (27)

3) BGHZ 50, 45 ff

die Firma H von dem Kaufmann C ein Darlehen von 50.000 DM auf. Gleichzeitig übernahm C für eine Schuld der Firma H bei der Volksbank in Höhe von 10.000 DM die selbstschuldnerische Bürgschaft. Zur Sicherung ihrer Verpflichtungen gegenüber C übereignete die Firma H diesem eine Reihe von Maschinen, darunter auch die streitige Fräsmaschine. In dem Sicherungsübereignungsvertrage vom 28. September 1961 einigten sich die Vertragsparteien, daß das Eigentum an dem Sicherungsgut auf C übergehe und daß die Firma H die Maschinen weiter benutzen dürfe. Die Fräsmaschine blieb daher weiter in den Geschäftsräumen der Firma H. Zur Sicherung eines der L.Ltd. abgegebenen Schuldanerkenntnisses in Höhe von 70.000 DM nebst Zinsen trat C seine Rechte aus dem mit der Firma H geschlossenen Sicherungsübereignungsvertrag an diese ab. Die Vertragsparteien erklärten, sich darüber einig zu sein, daß das Eigentum an den im Vertrage vom 28. September 1961 genannten Maschinen, darunter auch der Fräsmaschine, auf die L.Ltd. übergehen solle. C trat seine Rechte aus dem Besitzmittlungsverhältnis zwischen der Firma H und ihm an die L.Ltd. ab und verpflichtete sich, die Firma H unverzüglich zu veranlassen, den Besitz an den übereigneten Gegenständen nur noch für die L.Ltd. zu vermitteln.

Durch Verträge vom 27. September 1962 und vom 20. Oktober 1962 trat die L.Ltd. ihrerseits ihre Rechte aus dem mit C geschlossenen Vertrage an die Beklagte ab.

Mit der Behauptung, daß die Fräsmaschine ihr Eigentum geblieben sei, begehrte die Klägerin mit der Klage die Herausgabe der Maschine von der Beklagten.

Welche Wirkung der Erwerb des mittelbaren Besitzes durch C¹⁾ auf den bisherigen mittelbaren Besitz des Vorbehaltsverkäufers hat, wird vom BGH nicht eindeutig erläutert. Die in

1) Trotz mißlungener Eigentumsverschaffung ist das Besitzkonstitut nicht richtig. Die fehlgeschlagene Sicherungsübereignung wird ausgelegt als (§ 157) oder umgedeutet in (§ 140) eine Übertragung des Anwartschaftsrechts, zu deren Stützung das Besitzmittlungsverhältnis erforderlich ist. C hat daher mittelbaren Besitz erworben.

der Rechtslehre geäußerte Auffassung, daß der Vorbehaltskäufer dem Sicherungsnehmer nur einen minderwertigen gleichstufigen mittelbaren Besitz verschaffen könne, weil er wegen des Vorbehaltsverhältnisses nicht aufhöre, für den Eigentümer zu besitzen, hält er nicht für richtig. Es komme nur darauf an, ob der Vorbehaltskäufer dem Sicherungsgeber den Besitz vermitteln wolle.

Diese beiden Sätze sind mehrdeutig. Sie lassen sich so auslegen, daß der mittelbare Besitz der Vorbehaltsverkäuferin erloschen ist. Sie lassen aber auch die Schlußfolgerung zu, daß die Frage nach dem Verlust des ersten mittelbaren Besitzes dahingestellt bleiben kann; auf jeden Fall hat der Sicherungsnehmer einen mittelbaren Besitz erlangt, der ihn in die Lage versetzt, das Eigentum an einen Gutgläubigen nach § 934 1. Alternative weiter zu übertragen.

Die in den aufgezeigten Fällen ausgesprochene Ablehnung eines Nebenbesitzes wird - wie im nächsten Abschnitt näher dargelegt werden wird - in unterschiedlicher Weise begründet. Die Rechtslehre¹⁾ hat sich, soweit sie einen Nebenbesitz ebenfalls ablehnt, dieser Argumentation zum Teil angeschlossen, zum Teil auch neue Begründungen geliefert.

II. Ablehnung eines Nebenbesitzes

Die Gegner des Nebenbesitzes bieten für die Fälle, in denen die den Nebenbesitz kennzeichnende Lage vorliegt, drei Lösungsmöglichkeiten an: Entweder wird der bereits bestehende mittelbare Besitz als beendet oder der spätere mittelbare Besitz als nicht entstanden angesehen oder eine Besitzstufung beider mittelbarer Besitzer nach § 871 angenommen. Für die Beendigung des bisherigen mittelbaren Besitzes hat sich, wie schon erwähnt, das Reichsgericht²⁾ und ein Teil

1) RGRK-Kregel, § 868, 21; Planck-Brodmann, § 868, 4 b δ ; v. Staudinger-Seufert, § 868, 27 b; Soergel-Mühl, § 868, 25 f; Schlegelberger-Vogel, § 868, 6 u. 50; Herschel, JW 1933, 1997 f.; Wolf, § 2 B III c 3; Zunft NJW 1957, 445; Bühring, NJW 1959, 1067;

2) RGZ 119, 152 ff.; 135, 75 ff; RG JW 1932, 3763; RGZ 138, 265 ff;

der Rechtslehre¹⁾ entschieden.

Demgegenüber bleibt bei Boehmer²⁾ und Henke³⁾ der erste mittelbare Besitz bestehen, während der Hinzukommende nicht mittelbaren Besitz erwirbt. Der Bundesgerichtshof⁴⁾ und Zunft⁵⁾ lassen beiden mittelbaren Besitzern ihre Besitzposition, betrachten sie aber nicht als auf gleicher Stufe nebeneinander, sondern als auf verschiedenen Stufen stehend, so daß ein "Besitzgebäude nach Art des § 871" entsteht.

1. Beendigung des bisherigen mittelbaren Besitzes

Die These von der ausnahmslosen Beendigung des bisherigen mittelbaren Besitzes durch Begründung eines neuen Besitzmittlungsverhältnisses wird mit der Unmöglichkeit einer Besitzberechtigung mehrerer nebeneinander an derselben Sache⁶⁾, dem numerus clausus der Sachenrechte⁷⁾ und der andernfalls gefährdeten Rechtssicherheit⁸⁾ begründet.

a) Unmöglichkeit einer Besitzberechtigung mehrerer nebeneinander

aa) Das Reichsgericht⁹⁾ entnimmt die Unmöglichkeit eines Nebenbesitzes dem Wortlaut des Gesetzes.

Das BGB spreche, wo von Besitz die Rede sei, immer nur mit dem bestimmten Artikel von "dem Besitz", nicht etwa von

1) RGRK-Kregel, § 868, 21; Planck-Brodmann, § 868, 4 b 6; v. Staudinger-Seufert, § 868, 27 b; Soergel-Mühl, § 868, 25 f; Schlegelberger-Vogel, § 868, 6 u. 50; Herschel JW 1933, 1997 f.; Wolf, § 2 B III c 3; Zunft NJW 1967, 445; Bühring NJW 1959, 1067;

2) Boehmer, S. 41, 44

3) Henke, JZ 1959, 202 ff

4) BGHZ 28, 16 ff

5) Zunft NJW 1957, 445ff

6) RGZ 135, 75 (80); Planck-Brodmann, § 868, 4 b 6; Müller-Erbach, AcP 142, 41, 49; RGRK-Kregel, § 868, 9 u. 21; v. Staudinger-Seufert, 11. Aufl. § 868, 27 b; Schlegelberger-Vogels, § 868, 6 u. 50; Soergel-Mühl, § 868, 25 f.; Wolf, § 2 B III c 3; wohl auch Zunft NJW 1957, 445 (447, 448) mit Zustimmung von Bühring NJW 1959, 1067 (1068)

7) RGZ 135, 75 (80/81); Herschel JW 1933, 1997 f.

8) RGZ 135, 81; Herschel JW 1933, 1997 f.

9) RGZ 135, 75 (80)

"einem Besitzverhältnis". Daraus könne man ersehen, daß das Gesetz sich den Besitz als eine ausschließliche Gewalt über die Sache vorstelle, ebenso wie es beim Eigentum der Fall sei (§ 903). Gebe es an einer Sache nur d e n Besitz, also e i n e n Besitz, so könne es auch nur e i n e n Besitzer geben. Das Gesetz enthalte allerdings gewisse Ausnahmen von diesem Grundsatz. Derartige Ausnahmen seien die Fälle des gemeinschaftlichen Mitbesitzes mehrerer Personen (§ 866) und des mittelbaren Besitzes (§§ 868, 871). Wäre in § 868 nicht besonders gesagt, daß auch der andere Besitzer sei, so wäre nach der Grundregel des § 854 allein der unmittelbare Besitzer als Besitzer anzusehen. Nach Ansicht des Reichsgerichts ist ein Besitz mehrerer daher nur dann möglich, wenn zwischen ihnen eine gemeinschaftliche rechtliche Beziehung (Mitbesitz) oder ein Verhältnis der in § 868 bezeichneten Art besteht. Er soll dagegen unmöglich sein, wenn jeder der Beteiligten den alleinigen mittelbaren Besitz an der Sache für sich beansprucht, diejenigen, für die der unmittelbare Besitzer den Besitz vermitteln will, in unvereinbarem Gegensatz zueinander stehen. Dem Gesetz sei der Gedanke, daß durch mehrere, voneinander unabhängige Besitzmittlungsverhältnisse mehrere Personen nebeneinander durch Verbindung mit demselben Besitzmittler einen "gleichstufigen" mittelbaren Besitz an derselben Sache erlangen und behaupten könnten, offenbar fremd¹⁾.

bb) Ebenfalls mit der Unmöglichkeit argumentiert Brodmann bei Planck²⁾. Seiner Ansicht nach stellt die Besitzberechtigung zweier gleichstufiger mittelbarer Besitzer in der Art des Nebenbesitzes einen denk unmöglichen Mitbesitz dar. Steht das neu vereinbarte Besitzkonstitut im Widerspruch zu dem Rechtsverhältnis zum bisherigen mittelbaren Besitzer, so soll sich der darauf beruhende mittelbare Besitz gegenseitig ausschlies-

1) RGZ 135, 75 (80, 81)

2) Planck-Brodmann, § 868, 4 b

sen. Liefße man einen Nebenbesitz zu, so würde er, obwohl er sich gegenseitig ausschließße, gleichwohl ungeteilt an der ganzen Sache bestehen.

- cc) Nach einer anderen Ansicht¹⁾ resultiert die Unmöglichkeit des Nebenbesitzes aus der Unmöglichkeit des Willens des Besitzmittlers, den Besitz zwei mittelbaren Besitzern nebeneinander zu vermitteln.

Dieser Besitzmittlungswille wird neben dem unmittelbaren Besitz eines anderen an der Sache und dem Abschluß eines Besitzmittlungsverhältnisses als eine der Voraussetzungen des mittelbaren Besitzes angesehen.

Der unmittelbare Besitzer könne aber immer nur den Willen haben, für einen zu besitzen²⁾. Ein Wille, in gleicher Weise für zwei Personen zu besitzen, deren Rechte an der Sache sich gegenseitig ausschließen, sei nicht möglich³⁾. Denn zu dem Willen, eine Sache für einen anderen zu besitzen, gehöre die Bereitschaft und der Wille zur Herausgabe. Niemand besitze "als Pfandgläubiger", der nicht bereit sei, die Sache nach dem Erlöschen des Pfandrechts an den Verpfänder herauszugeben, niemand "als Verwahrer", wenn ihm der Wille fehle, die Sache jederzeit zurückzugeben⁴⁾.

Die Herausgabe sei aber immer nur an eine Person möglich. Der Besitzmittler sei nicht in der Lage, die Sache an zwei mittelbare Besitzer gesondert herauszugeben, wenn beide zur gleichen Zeit die Herausgabe verlangten. Daher könne er auch nicht den Willen zur Herausgabe gleichzeitig haben⁵⁾. Ein Wille, an den einen oder anderen herauszugeben, also für den einen oder anderen zu besitzen, sei nicht denkbar,

1) RGRK-Kregel, § 868, 9 u. 21; v. Staudinger-Seufert, 11. Aufl., § 868, 27 b; Schlegelberger-Vogels, § 868, 6 u. 50; Soergel-Mühl, § 868, 25 f.; Wolf, § 2 B III c 3; wohl auch Zunft NJW 1957, 445 (447, 448) mit Zustimmung von Bühring NJW 1959, 1067 (1068)

2) RGRK-Kregel, § 868, 9

3) Staudinger-Seufer, § 868, 27 b

4) RGRK-Kregel, § 868, 9

5) Soergel-Mühl, § 868, 25 f.; Schlegelberger-Vogels, § 868, 6 u. 50

da dies ein "bedingter Besitz" wäre, es einen solchen aber nicht geben könne¹⁾. Wenn der mittelbare Besitzer für einen Dritten besitzen wolle, so höre er damit auf, für den bisherigen mittelbaren Besitzer zu besitzen; dessen mittelbarer Besitz sei beendet. Dies sei kein Neben-, sondern ein Nacheinander mittelbarer Besitzbeziehungen. Nehme der Besitzmittler später Handlungen vor, die als ein Wiederherstellen des früheren mittelbaren Besitzes zu deuten seien, so werde hierdurch der spätere mittelbare Besitz beseitigt. Dieses Herüber und Hinüber könne sich beliebig oft wiederholen; es bleibe aber immer ein Nacheinander, kein Nebeneinander²⁾.

- dd) Ein Nebenbesitz läßt sich der Auffassung Müller-Erzbach's³⁾ zufolge nicht mit der beim mittelbaren Besitz bestehenden Interessenlage vereinbaren.

Müller-Erzbach entnimmt dem § 869 die Notwendigkeit der Interesseneinheit zwischen dem mittelbaren Besitzer und seinem Besitzmittler. Nur wo diese Interesseneinheit bestehe, greife der Schutz des Gesetzes ein; dort allein sei überhaupt mittelbarer Besitz vorhanden. Der unvereinbare Gegensatz der Besitzinteressen des Besitzmittlers und seines Oberbesitzers soll zu einer Unmöglichkeit mittelbaren Besitzes führen. Der Besitzmittler, der durch Abschluß eines Besitzmittlungsverhältnisses mit einem Dritten für diesen ein rechtlich geschütztes Besitzinteresse begründe, stelle seinen un mittelbaren Besitz in den Dienst von Interessen, die mit dem Besitzinteresse des bisherigen mittelbaren Besitzes nicht vereinbar seien.

Damit wird nach Ansicht Müller-Erzbach's dem ursprünglichen mittelbaren Besitz die Grundlage der Interesseneinheit entzogen mit der Folge, daß er erlösche.

- b) Numerus clausus der Sachenrechte

Einer Anerkennung des Nebenbesitzes steht weiterhin nach Auffassung des Reichsgerichts⁴⁾, dem Herschel⁵⁾ folgt, der

1) RGRK-Krekel, § 868, 9

2) RGRK-Krekel, § 868, 21; Staudinger-Seufert, § 868, 27 b

3) Müller-Erzbach, AcP 142, 41, 49

4) RGZ 135, 75 (80, 81)

5) Herschel, JW 1937, 1997 f.

Grundsatz vom numerus clausus der Sachenrechte entgegen. Die Besitzbeteiligung mehrerer Personen an einer Sache sei in den §§ 866, 868, 871 erschöpfend geregelt. Da im Sachenrecht keine Gestaltungsfreiheit existiere, sei die Schaffung weiterer Besitzformen im Wege der Vereinbarung nicht statthaft.

c) Gefährdung der Rechtssicherheit

Darüberhinaus kann, so meint das Reichsgericht¹⁾, aus Gründen der Rechtssicherheit ein Nebenbesitz keine Anerkennung finden. Stünde es im Belieben des Besitzmittlers, seinerseits ein neues Besitzmittlungsverhältnis zu schaffen und dadurch vielleicht während längerer Zeit nebeneinander herlaufende mittelbare Besitzberechtigungen mehrerer zu begründen, so würde dadurch unzweifelhaft große Rechtsunsicherheit erzeugt. Es wäre z.B. unklar, welchem der mittelbaren Besitzer die Eigentumsvermutung des § 1006 Abs. 3 zugute kommen sollte. Die schon geschwächte Publizitätsfunktion des Besitzes würde noch weiter abgebaut werden.

Während das Reichsgericht²⁾ und ein Teil der Rechtslehre³⁾ aus diesen Gründen den bereits bestehenden mittelbaren Besitz bei Abschluß eines neuen Besitzmittlungsverhältnisses als beendet betrachten, soll nach anderer Ansicht⁴⁾ ein neuer mittelbarer Besitz nicht entstehen können.

2. Keine Entstehung neuen mittelbaren Besitzes

Zu dem Ergebnis: keine Entstehung neuen mittelbaren Besitzes gelangen Boehmer⁵⁾ und Henke⁶⁾ auf Grund folgender Überlegungen.

a) aus rechtspolitischem und -ethischem Bedürfnis

Boehmer⁷⁾ begründet seine These von der rechtlichen Unmöglichkeit der Schaffung weiteren mittelbaren Besitzes mit

1) RGZ 135, 75 (81); ihm folgend Herschel JW 1933, 1997 f. und Boehmer, S. 43

2) RGZ 119, 152 ff.; 135, 75 ff.; RG JW 1932, 3763; RGZ 133, 265 ff

3) RGZ 119, 153 f.; 135, 79; RG JW 1932, 3765; RGZ 128, 267;

4) Boehmer, S. 41, 44; Henke, JZ 1959, 202 ff

5) Boehmer, S. 41 ff

6) Henke, JZ 1959, 202 ff

7) Boehmer, S. 44

einem rechtspolitischen Bedürfnis und der "rechtsethischen Forderung nach Bekämpfung jeglichen Rechtsmißbrauchs". Ein Nebenbesitz kann seiner Ansicht nach - und insoweit stimmt er RGZ 135, 75 zu¹⁾ - aus rechtspolitischen Gründen keine Anerkennung finden, da er Rechtsunsicherheit und -verworrenheit zur Folge haben würde.

Die Auflösung des mittelbaren Besitzes durch den Besitzmittler will er aus rechtsethischen Gründen nicht zulassen. Der einseitige Wille des Besitzmittlers, selbst wenn er irgendwie betätigt oder erklärt werde, könne den mittelbaren Besitzer nicht willkürlich der mit dem mittelbaren Besitz verbundenen Rechtsvorteile berauben²⁾.

Der Begründung Boehmers, warum es keinen Nebenbesitz geben könne, stimmt damit zum Teil mit der des Reichsgerichts³⁾ überein; jedoch gelangt Boehmer bezüglich des Fortbestehens des ursprünglichen und der Schaffung neuen mittelbaren Besitzes zum entgegengesetzten Ergebnis.

Da für ihn einerseits eine Annullierung des Oberbesitzes des mittelbaren Besitzers durch einseitige Handlung des Besitzmittlers rechtlich unmöglich ist, solange das dem mittelbaren Besitz zugrundeliegende Rechtsverhältnis fortbesteht und der Besitzmittler die tatsächliche Gewalt fortsetzt, andererseits aber auch der Nebenbesitz für ihn nur ein "halber Kompromiß"⁴⁾ ist, kommt er zu dem Ergebnis, daß der Erwerber keinen mittelbaren Besitz erlangt.

b) wegen aufschiebender Bedingtheit des Besitzkonstituts

Henkes⁵⁾ Ausführungen liegt der Vorbehaltskäuferfall des BGH von 1958⁶⁾ zugrunde. Der BGH nahm an, daß der Erwerber in das Besitzmittlungsverhältnis zwischen Verkäufer und Käufer eingetreten, ein mehrstufiger mittelbarer Besitz nach § 871 entstanden ist.

Henke⁷⁾ verneint dagegen das Entstehen mittelbaren Besitzes

1) s. oben S. 16

2) Boehmer, S. 42

3) s. oben S. 16

4) Boehmer, S. 43

5) Henke, JZ 1959, 202 ff

6) BGHZ 28, 16 ff; vgl. oben S. 9

7) JZ 1959, 202 (204)

für den Sicherungsnehmer. Er entnimmt den Feststellungen des BGH¹⁾, daß die Rechtsstellung des Verkäufers durch das Hinzutreten des Anwartschaftserwerbes nicht beeinträchtigt werden soll, der Erwerber die Herausgabe an sich daher erst dann verlangen kann, wenn der Eigentumsvorbehalt erloschen und der mittelbare Besitz des Verkäufers damit beendet ist. Der Herausgabeanspruch, auf dem das Besitzmittlungsverhältnis entscheidend beruht, entsteht dann aber nach Ansicht Henkes erst in der Zukunft; das Besitzkonstitut zwischen Vorbehaltskäufer und Sicherungsnehmer ist aufschiebend bedingt. Wenn aber der Erwerber bis zu diesem künftigen ungewissen Ereignis keinen Einfluß besitzrechtlicher Art auf den Vorbehaltskäufer nehmen könne, dann fehle ihm auch jegliche Sachherrschaft. Sein mittelbarer Besitz entsteht erst in dem Zeitpunkt, in dem der Eigentumsvorbehalt erloschen ist. Da in diesem Moment auch der mittelbare Besitz des Vorbehaltsverkäufers erlischt, kann es zu einem Nebeneinander zweier mittelbarer Besitzer nicht kommen.

3) Besitzstufung nach § 871

Der Bundesgerichtshof²⁾ und Zunft³⁾ lassen in den "Vorbehaltskäuferfällen" den mittelbaren Besitz des Vorbehaltsverkäufers durch die Sicherungsübereignung der Eigentumsanwartschaft an einen Dritten unberührt. Der unmittelbare Besitzer, der mit dem Anwartschaftserwerber ein Besitzmittlungsverhältnis vereinbart und ihn damit zum mittelbaren Besitzer macht, vermittelt den Besitz weiterhin auch dem Vorbehaltsverkäufer.

Der BGH⁴⁾ und Zunft⁵⁾ bejahen also die Existenz zweier mittelbarer Besitzberechtigungen, allerdings nicht in der Art, daß die mittelbaren Besitzer auf gleicher Stufe nebeneinander stehen, sondern dergestalt, daß ein mehrstufiger mittelbarer

1) BGHZ 28, 16 (28)

2) BGHZ 28, 16 ff

3) Zunft NJW 1957, 445 ff unter Zustimmung von Bühring, NJW 1959, 1067 ff

4) BGHZ 28, 16 (27)

5) NJW 1957, 445 (448)

Besitz entsteht. Der Anwartschaftserwerber wird durch Eintritt in das Besitzmittlungsverhältnis zwischen Vorbehaltskäufer und -verkäufer erststufiger mittelbarer Besitzer, der Vorbehaltsverkäufer erhält einen zweitstufigen mittelbaren Besitz. Es entsteht ein "Besitzgebäude" nach § 871. Das für diese Besitzstufung erforderliche Besitzmittlungsverhältnis zwischen dem Vorbehaltsverkäufer und dem Anwartschaftserwerber besteht in dem dinglichen Recht des letzteren, bei Bedingungseintritt Eigentümer zu werden¹⁾.

Der Einordnung unter § 871 steht auch nicht entgegen, daß der Anwartschaftserwerber die Person des Vorbehaltsverkäufers, dem er den mittelbaren Besitz vermittelt, nicht kennt; es handelt sich um eine "Besitzmittlung für den es angeht"²⁾.

III. Anerkennung des Nebenbesitzes

Anerkennung hat die Figur des Nebenbesitzes ausschließlich in der Literatur gefunden. Lediglich das Oberlandesgericht Hamburg hat in einer Entscheidung von 1931³⁾ die Ansicht vertreten, daß die Voraussetzungen des § 868 auch zwei mittelbaren Besitzern gegenüber gegeben sein könnten, was dann zu einer Besitzspaltung führe. Dieses Urteil wurde vom Reichsgericht⁴⁾ aufgehoben.

- 1) Den Anstoß, die Möglichkeit eines Nebenbesitzes zu überdenken, gaben die Entscheidungen des Reichsgerichts⁵⁾ zu der Frage der Beendigung mittelbaren Besitzes. So waren insbesondere für Manigk⁶⁾, Dölle⁷⁾ und Probst⁸⁾ die Entscheidungen im "Stahlwellenfall"⁹⁾ und in den beiden ersten "Zuckerfällen"¹⁰⁾ Anlaß, sich mit der Frage des Nebenbesitzes zu befassen.

1) Zunft NJW 1957, 445 (448)

2) Zunft NJW 1957, 445 (448)

3) Hanseatische Rechtszeitschrift 1931, 410

4) RGZ 135, 75

5) RGZ 105, 413; 119, 152; 135, 75; 138, 265; RG JW 1932, 3763

6) Anmerkung zu RG JW 1928, 398

7) JW 1932, 1212 u. 3763

8) Probst ZHR 101, 199 ff

9) RGZ 119, 152 = JW 1928, 398

10) RGZ 135, 75 = JW 1932, 1212; RG JW 1932, 3763

Sie kamen zu dem Ergebnis, daß in solchen Fällen, in denen sich der unmittelbare Besitzer auch einem Dritten gegenüber verpflichtet, den Besitz für ihn auszuüben, der bisherige mittelbare Besitz dadurch nicht stets vernichtet wird.

Die so entstehende Mehrheit mittelbarer Besitzpositionen, die auf selbständigen Rechtsverhältnissen beruhen, bezeichnet Manigk¹⁾ als eine "Besitzspaltung", Dölle²⁾ nennt sie einen "mittelbaren Nebenbesitz".

Die Begründung ihrer Ansicht divergiert.

a) Gleichsetzung mittelbarer Besitz - Rechtsverhältnis

Manigk³⁾ und ihm folgend, wie die Verweisung auf ihn zeigt, das OLG Hamburg in einer Entscheidung von 1931⁴⁾, sind der Auffassung, daß sich der mittelbare Besitz mit dem Rechtsverhältnis zwischen mittelbarem Besitzer und Besitzmittler deckt⁵⁾.

Dieses den mittelbaren Besitz gemäß § 868 schaffende obligatorische Rechtsverhältnis wird nicht beseitigt, wenn der Besitzmittler mit einem Dritten ein ebensolches Verhältnis eingeht. Der Mittler bleibe nach wie vor dem ursprünglichen, mittelbaren Besitzer gegenüber zum Besitz berechtigt und verpflichtet. Erst wenn er die Sache an einen der mittelbaren Besitzer herausgegeben, den unmittelbaren Besitz also verloren hat, ist ihrer Ansicht nach der mittelbare Besitz des anderen beseitigt. Solange aber der Mittler die Sache noch besitzt, sind die Voraussetzungen des § 868 beiden mittelbaren Besitzern gegenüber gegeben.

1) JW 1928, 398 (399)

2) JW 1932, 1212

3) JW 1928, 398 (399)

4) Hanseatische Rechtszeitschrift 1931, 410; das OLG war als Berufungsinstanz mit dem Fall RGZ 135, 75 befaßt.

5) Diese Gleichsetzung von mittelbarem Besitz u. Rechtsverhältnis hatte schon 1913 bei Rohde, S. 40 f. dazu geführt, daß er einen mittelbaren Besitz mehrerer Personen nebeneinander anerkannte, der für jede Person durch ein besonderes Rechtsverhältnis begründet worden war. Der Sache nach bejahte er also einen Nebenbesitz.

b) Möglichkeit der Beherrschung der Sache

Probst¹⁾ ist dagegen der Ansicht, daß tatsächlicher Besitz und rechtliche Beziehungen auseinanderfallen können. Der mittelbare Besitz ist in seinem Fortbestand nicht an das zugrundeliegende Rechtsverhältnis geknüpft. Er hält es aber auch für einseitig, die rechtlichen Beziehungen zwischen mittelbarem und unmittelbarem Besitzer als bedeutungslos beiseite zu schieben und den mittelbaren Besitz nur von Anerkennung durch den Besitzmittler abhängig zu machen, wie das Reichsgericht²⁾ es tut. Das Rechtsverhältnis ist seiner Meinung nach ein wichtiger Faktor unter den Beziehungen, die die tatsächliche Sachherrschaft des mittelbaren Besitzers ausmachen. Ob aber mittelbarer Besitz besteht, beurteilt sich allein nach der Möglichkeit der Beherrschung der Sache. Durch ein Verhalten des unmittelbaren Besitzers wird der mittelbare Besitz daher erst dann zerstört, wenn nach der Verkehrsanschauung keine Einwirkungsmöglichkeit des Oberbesitzers auf die Sache mehr besteht.

Mittelbarer Besitz ist somit nach Probst kein subjektives, sondern ein objektives Machtverhältnis. Ausschlaggebend ist nicht die Anerkennung durch den Besitzmittler, sondern die nach der Verkehrsanschauung sich beurteilende Sachherrschaft. Wenn aber dem mittelbaren Besitzer trotz Abschluß eines weiteren Besitzmittlungsverhältnisses durch seinen Besitzmittler noch eine Sachherrschaft verbleibt, dann tritt für Probst der Fall eines mehrfach nebeneinanderstehenden mittelbaren Besitzes ein.

c) Gesamtverhalten als Indiz für Besitzmittlungswillen

Dagegen beziehen Dölle³⁾, Wolff-Raiser⁴⁾ und Kober⁵⁾, was die Frage der Voraussetzungen mittelbaren Besitzes anbelangt,

1) Probst, ZHR 101, 199 (206 ff)

2) RGZ 135, 75 ff

3) JW 1932, 1212 u. 3763

4) Wolff-Raiser, § 8 Fußn. 27; § 15 II 2

5) v. Staudinger-Kober, § 868, 10 u. 27

kaum eine wesentliche Gegenposition gegen die Ansicht des Reichsgerichts¹⁾ und der überwiegenden Lehre²⁾. Zwar erkennen Dölle³⁾, Wolff-Raiser⁴⁾ und Kober⁵⁾ einen Nebenbesitz an.

Der Abschluß eines weiteren Besitzmittlungsverhältnisses soll nicht stets das Erlöschen des bisherigen mittelbaren Besitzes zur Folge haben, so z.B. dann nicht, wenn sich aus einer Erklärung oder Handlung des Besitzmittlers ergibt, daß er für beide besitzen will.

Wolff-Raiser⁶⁾ und Kober⁷⁾ führen den Fall an, daß ein Kommissionär die ihm von A zum Verkauf übergebenen Waren dem B gegenüber als sein Eigentum ausgibt und sich ihm gegenüber verpflichtet, sie als sein, des B, Kommissionär zu verkaufen, dies aber vor A geheimhält und sich weiter als dessen Kommissionär geriert. B hat mittelbaren Besitz erworben. Dadurch ist der mittelbare Besitz des A nicht zerstört worden. A und B sind mittelbare Nebenbesitzer.

Erklärt der Besitzmittler dagegen ausdrücklich, nur noch für einen anderen besitzen zu wollen oder legt er ein Verhalten an den Tag, daß auf eine solche veränderte Gesinnung schließen läßt, dann ist ein Nebenbesitz nicht möglich, da dem bisherigen Besitz die Grundlage der Anerkennung durch den Besitzmittler entzogen ist, er folglich aufgehört hat zu existieren. Wesentliche Voraussetzung für das Vorliegen mittelbaren Besitzes ist danach der Wille des Besitzmittlers, den Besitz zu vermitteln. Im Gegensatz zur Ansicht des Reichsgerichts⁸⁾ soll ein Verlust des mittelbaren Besitzes jedoch nicht bei jedem inneren Willensentschluß des Besitzmittlers eintreten, sondern erst, wenn die Willensänderung nach außen hin deutlich wird, im Gesamtverhalten des Besitzmittlers ihren Ausdruck findet.

1) s. oben S. 12 f.

2) s. oben S. 14 f.

3) JW 1932, 1212 u. 3763

4) Wolff-Raiser, § 8, Fußn. 27; § 15 II 2

5) v.Staudinger-Kober, § 868, 10 u. 27

6) Wolff-Raiser, § 15 II 2

7) v.Staudinger-Kober, § 868, 10 u. 27

8) s. oben S. 12 f.

2) Neu aufgegriffen wurde das Problem des Nebenbesitzes zu Beginn der fünfziger Jahre.

a) Besitz als objektive Möglichkeit der Einwirkung

Westermann¹⁾ bringt sein Unbehagen darüber zum Ausdruck, daß sich bei folgerichtiger Durchführung der meisten, zum Nebenbesitz bisher vertretenen Auffassungen²⁾ ein ständiger Wechsel im mittelbaren Besitz vollzieht, jede Willensänderung des Besitzmittlers zu einer Änderung der Besitzverhältnisse führt. Dies sei angesichts des Strebens des Besitzrechts nach Stetigkeit unerfreulich.

A. Westermanns Ausführungen beinhalten somit, ebenso wie die Darstellung von Probst³⁾, eine Kritik der Doktrin von der Abhängigkeit mittelbaren Besitzes vom Willen des Besitzmittlers. Deren subjektive Betrachtungsweise wird - nach Meinung Westermanns⁴⁾ - den tatsächlichen Verhältnissen nicht gerecht: Beide mittelbare Besitzer stehen zu der Sache in gleicher Beziehung; sie haben mit dem Besitzmittler ein Rechtsverhältnis i.S. d. § 868 abgeschlossen und vertrauen auf die Einwirkungsmöglichkeit auf die Sache mittels dieses Verhältnisses. Diese Gleichheit ihrer Beziehungen erfordere auch eine Gleichheit ihrer Besitzpositionen.

Westermann setzt, wie schon Probst⁵⁾, der subjektiven Theorie eine objektive entgegen. Das Vorliegen mittelbaren Besitzes wird nicht mehr nach dem Willen des Besitzmittlers beurteilt, sondern nach der Möglichkeit des mittelbaren Besitzers, auf die Sache einzuwirken.

1) Westermann, Sachenrecht, § 19 II 4; NJW 1956, 1297 (1298)

2) RGZ 119, 152 ff.; 135, 75 ff.; RG JW 1932, 3763; RGZ 138, 265 ff.; RGRK-Kregel, § 868, 21; Planck-Brodmann, § 868, 4 b 6; Soergel-Mühl, § 868, 25 f.; Schlegelberger-Vogels, § 868, 6 u. 50; Herschel, JW 1933, 1997 f.; Seufert, § 868, 27 b; Wolf § 2 B III c; Zunft, NJW 1957, 445; Bühring NJW 1959, 1067; Dölle, JW 1932, 1212 u. 3763; Wolff-Raiser, § 8 Fußn. 27 u. § 15 II 2; v. Staudinger-Kober, § 868, 10 u. 27; v. Staudinger-Seufert, § 868, 27 b

3) s. oben S. 21

4) § 19 II 4

5) s. oben S. 21

Ob eine solche Einwirkungsmöglichkeit und damit mittelbarer Besitz besteht, soll von dem Verhalten des Besitzmittlers abhängen.

Westermann geht nicht so weit, die Einwirkungsmöglichkeit aus dem Bestehen des Rechtsverhältnisses herzuleiten, was denkbar wäre und auch vertreten wird¹⁾ und worauf seine Formulierung²⁾ "... die beide der Einwirkungsmöglichkeit mittels des Rechtsverhältnisses zum Besitzmittler trauen ..." hinzuweisen scheint. Er sagt an anderer Stelle³⁾ ausdrücklich, daß mittelbarer Besitz sich nicht aus dem Rechtsverhältnis, sondern aus dem Verhalten des Besitzmittlers ableite, das die Einwirkung des Oberbesitzers ermöglicht. Die Objektivierung erfolgt also nur soweit, als an die Stelle der Willensrichtung des Besitzmittlers die Einwirkungsmöglichkeit auf die Sache durch den mittelbaren Besitzer gesetzt wird. Solange diese Einwirkungsmöglichkeit besteht, existiert auch der mittelbare Besitz. Er endet erst dann, wenn der mittelbare Besitzer sie verliert. Wann dies der Fall ist, hängt von dem Verhalten des Besitzmittlers ab.

Ist aber nach Ansicht Westermanns der mittelbare Besitz erst dann beendet, wenn sich aus dem Gesamtverhalten des Besitzers ergibt, daß der bisherige mittelbare Besitzer keine Einwirkungsmöglichkeit mehr hat, dann kommt es zwangsläufig zu einem Nebenbesitz, wenn die Einwirkungsmöglichkeit weiterbesteht⁴⁾. Zwar fehle eine positive Vorschrift für eine derartige besitzrechtliche Beteiligung mehrerer; sie widerspreche aber nicht in dem Maße der Besitzstruktur, daß sie deswegen abgelehnt werden müßte. Damit begegnet er der Ansicht der Gegenmeinung⁵⁾, ein Nebenbesitz sei mit der Struktur des Besitzrechts nicht vereinbar.

1) Rohde, S. 40 f.; Manigk, JW 1928, 398 (399)

2) Westermann, § 19 II, 4 a

3) Westermann, § 19 II 3 u. § 17, 5 d

4) sinngemäß Erman-Westermann, § 868, 12, 13

5) s. oben S. 12 ff

Dieselbe Auffassung, nur deutlicher artikuliert als bei Westermann, findet sich in der Münsteraner Diss. von Wessels¹⁾ aus dem Jahre 1952.

Ein Nebenbesitz, so meint Wessels, entsteht immer dann, wenn das weitere Besitzmittlungsverhältnis in der Absicht eingegangen wird, die Beziehungen des ursprünglichen mittelbaren Besitzers zur Sache fort dauern zu lassen. Dieser erste mittelbare Besitz endet nur dann, wenn der unmittelbare Besitzer für den Dritten eine ausschließliche mittelbare Sachherrschaft begründet, wenn, nach der Diktion Westermanns²⁾, die Einwirkungsmöglichkeit auf die Sache für den ersten mittelbaren Besitzer nicht mehr gegeben ist.

Ob die neu begründete Sachherrschaft eine ausschließliche ist, will auch Wessels dem Verhalten des Besitzmittlers entnehmen. Sei dieses objektiv darauf angelegt, die Besitzbeziehungen des bisherigen mittelbaren Besitzers zur Sache ausnahmslos zu beseitigen, so sei dessen mittelbarer Besitz beendet.

b) "Doppelspiel" des Besitzmittlers

Ähnlich wie Westermann³⁾ und Wessels⁴⁾ argumentieren auch Baur⁵⁾, Degenhart⁶⁾, Medicus⁷⁾ und Lange⁸⁾.

Solange die tatsächlichen Sachbeziehungen beider mittelbarer Besitzer annähernd gleich stark sind, wird es als willkürlich angesehen, dem einen oder anderen alleinigen mittelbaren Besitz zuzusprechen. In einem solchen Fall kann nur ein Nebenbesitz angenommen werden.

Die Besitzlage der mittelbaren Besitzer soll immer dann gleich sein, wenn der unmittelbare Besitzer ein "Doppelspiel" treibt, trotz Einräumung eines weiteren mittelbaren Besitzes also auch

1) Wessels, S. 31 ff

2) s. oben S. 24

3) Westermann, § 19 II 4

4) Wessels, S. 31 ff

5) Baur, § 7 u. § 52 II 4 c

6) Palandt-Degenhart, § 868, 1 bcc u. 4 c

7) Medicus, S. 219

8) Lange, JuS 1969, 162 (164)

noch den Weisungen des bisherigen mittelbaren Besitzers folgt. Dann hat er sich nämlich noch nicht von dem bisherigen mittelbaren Besitz gelöst. Eine solche einseitige Lösung geschieht nicht schon mit jeder Willensänderung, sondern erfordert eine bestimmte, äußerlich feststellbare Handlung, an der es hier fehlt.

- c) Anerkennung beider mittelbarer Besitzer durch den Besitzmittler in den "Vorbehaltskäuferfällen"

Wie das "Doppelspiel" des Lagerhalters in den Lagerhalterfällen, so führt nach Ansicht von Westermann¹⁾, Paulus²⁾ und Pohle³⁾ die Gleichzeitigkeit von Eigentum und Eigentumsanwartschaft in den "Vorbehaltskäuferfällen" zu einem Nebeneinander mittelbaren Besitzes.

Der Vorbehaltskäufer erkennt den mittelbaren Besitz des Vorbehaltsverkäufers ausdrücklich an, wenn er die ihm zustehende Anwartschaft einem Sicherungsnehmer überträgt. Die Sachherrschaft des Vorbehaltsverkäufers, die begrenzt ist auf die Zeit vor Bedingungseintritt, wird nicht verleugnet. Gleichzeitig erkennt der Vorbehaltskäufer aber auch mit Abschluß des Sicherungsvertrages den Oberbesitz des Sicherungsnehmers an, da er bereit ist, ihm die Sache nach Bedingungseintritt herauszugeben.

Auch Westermann, Paulus und Pohle begründen die Entstehung des Nebenbesitzes also damit, daß der Besitzmittler zwei Personen als mittelbare Besitzer anerkennt, ihnen gegenüber zur Herausgabe der Sache bereit ist.

Dagegen gibt Medicus⁴⁾, obwohl sonst Befürworter des Nebenbesitzes, in diesen Fällen der Gegenansicht des BGH⁵⁾ den Vorzug. Da der Sicherungsnehmer, der weiß, daß die Sache noch dem Vorbehaltsverkäufer gehört, nicht Eigenbesitzer sei, könne

1) Westermann, § 19 II 4 a; NJW 1956, 1298

2) Paulus, JZ 1957, 41 (45)

3) Pohle, MDR 1956, 732

4) § 22 IV 3

5) BGHZ 28, 16 (27 f.)

er nicht gleichstufiger Besitzer neben dem Vorbehaltsverkäufer sein.

d) Analogie zu den mittelbaren Besitz regelnden Normen

Als einziger unter den Befürwortern eines Nebenbesitzes versucht Weise¹⁾, die Existenz des Nebenbesitzes dogmatisch zu begründen. Er weist nach, daß die in den "Lagerhalter-" und "Vorbehaltskäuferfällen" auftretende Besitzlage sich unter keine der im Gesetz erwähnten Formen mittelbaren Besitzes einordnen läßt, hinsichtlich der Existenz des Nebenbesitzes also eine Lücke besteht²⁾. Diese Lücke schließt er mit Hilfe einer Gesamtanalogie zu den den mittelbaren Besitz regelnden Vorschriften der §§ 865, 868, 866, 868, 868, 871³⁾.

Die Analogie ist seiner Meinung nach zulässig, da das Gesetz keine abschließende Aufzählung der Formen mittelbaren Besitzes enthalte⁴⁾.

Die Ergänzung werde auch von Sinn und Zweck des Gesetzes gefordert⁵⁾. Beide Oberbesitzer stünden in gleicher Beziehung zu der Sache, beide hätten eine vergeistigte tatsächliche Sachherrschaft. Somit sei die Grundlage der gesetzlichen Regelung der einzelnen Formen mittelbaren Besitzes, die geistige Sachherrschaft, auch beim Nebenbesitz, gegeben.

Die Gleichartigkeit der Tatbestände von geregelterm und nicht geregelterm mittelbarem Besitz müsse die Gleichheit ihrer Behandlung zur Folge haben. Entstehen soll ein Nebenbesitz immer dann, wenn die Sachherrschaft von beiden Oberbesitzern ausgeübt wird; Weise schließt sich damit der oben⁶⁾ dargestellten Meinung an, daß mittelbarer Besitz auf dem Verhalten des Besitzmittlers beruhende Einwirkungsmöglichkeit auf die Sache sei.

1) Weise, Diss. München 1966, S. 1 ff

2) Weise, S. 6-66

3) Weise, S. 72

4) Weise, S. 69 f., im Gegensatz zur Ansicht des Reichsgerichts, RGZ 135, 75 (80)

5) Weise, S. 64 f.

6) s. oben S. 23-26

B) Stellungnahme

- 1) Die Unmöglichkeitstheorie des Reichsgerichts¹⁾, die sich auf den Wortlaut des BGB stützt, kann nicht überzeugen²⁾.

Dem Argument, das Gesetz spreche nur von dem Besitz, also könne es nur einen Besitz und infolgedessen nur einen Besitzer geben, ist entgegenzuhalten, daß sich auch an anderer Stelle des Gesetzes zur Normierung eines Rechtsinstituts der bestimmte Artikel findet, ohne daß damit die Zuständigkeit mehrerer Rechtssubjekte ausgeschlossen werden soll³⁾.

Der Satz, daß es hinsichtlich einer Sache nur einen Besitz und einen Besitzer gebe, kann nur Geltung beanspruchen im Hinblick auf den ursprünglichsten und primitivsten Besitzbegriff als eines rein körperlichen Habens. Daß dieser Besitzbegriff nicht der des BGB ist, zeigen die Besitzdienerschaft des § 855, das Weiterbestehen des Besitzes im Fall einer vorübergehenden Verhinderung in der Ausübung der Gewalt (§ 856 Abs. 2), der Mitbesitz des § 866 und der mittelbare Besitz (§ 868).

- 2) Die Ablehnung des Nebenbesitzes als eines denkmöglichen Mitbesitzes durch Brodmann⁴⁾ wirft die Frage nach der Vereinbarkeit des Nebenbesitzes mit der Besitzstruktur auf. Der Nebenbesitz könnte der Struktur des Besitzrechts widersprechen, begrifflich nicht denkbar sein⁵⁾.

Beim Nebenbesitz zweier Personen beanspruchen beide die ausschließliche Herrschaft über die Sache als Ganzes für sich. Es wäre jedoch denkbar, daß Besitz - setzt man ihn mit tat-

1) RGZ 135, 75 (80); s. oben S. 12

2) ebenso Probst, ZHR 101, 199 (216, 217)

3) vgl. Dölle, Anm. zu RGJW 1932, 1212

4) Planck-Brodmann, § 868, 4 b σ ; s. oben S. 13

5) Ein Hinweis auf einen solchen möglichen Widerspruch findet sich auch bei Westermann, § 19 II 4 a. Er sagt jedoch nur, die Figur des Nebenbesitzes widerspreche nicht in dem Maße der Besitzstruktur, daß sie deshalb abgelehnt werden müßte. Worin aber dieser Widerspruch bestehen könnte, wird von Westermann nicht ausgeführt.

sächlicher Gewalt gleich - nicht von zwei Personen zugleich ausgeübt werden, er als tatsächliche Beziehung einer Person zu einer Sache nur einem Rechtssubjekt zustehen kann, der Besitz zweier Personen an demselben Gegenstand der juristischen Logik widerspricht. Versteht man unter mittelbarem Besitz eine mittelbare Sachherrschaft, so könnte ein Nebenbesitz nicht möglich sein, da er mittelbaren Alleinbesitz mehrerer voraussetzt, bei mittelbarer Sachherrschaft mehrerer die Sachherrschaft eines jeden mittelbaren Besitzers aber immer durch die der anderen beschränkt ist¹⁾.

In der Tat erschien es den römischen Juristen²⁾ begrifflich nicht denkbar, daß dieselbe Sache von mehreren Subjekten als Ganzes ausschließlich erfaßt wurde. Deshalb war es z.B. ausgeschlossen, daß der Vermieter neben dem Mieter den Besitz hatte. Ein solcher Doppelbesitz hätte dem Standpunkt widersprochen, daß an einem Objekt, da es nur ein corpus hat, nur eine tatsächliche Herrschaft bestehen könne. Zum Ausdruck kommt diese Auffassung in dem Rechtssatz des römischen Juristen Paulus³⁾: "Plures eandem rem in solidum possidere non possunt".

Diesen Grundsatz der Unzulässigkeit eines mehrfachen Besitzes an einer Sache hat aber das BGB nicht übernommen.

Der Besitzbegriff des BGB ist ein anderer als der des römischen Rechts. Zu dem ursprünglichen, in § 854 I geregelten Besitz, der in der tatsächlichen Sachherrschaft besteht und dem Besitz der römischen Juristen entspricht, sind andere Gestaltungen hinzugetreten, die Besitz genannt werden, obwohl die tatsächliche Beziehung zur Sache im Sinn des ursprünglichen Besitzbegriffs nicht besteht. So übt der mittelbare Besitzer des BGB keine tatsächliche Sachherrschaft aus; gleichwohl spricht ihm das Gesetz in § 868 den Besitz zu, ebenso in § 871 dem durch ein Besitzmittlungsverhältnis mit dem mittelbaren Besitzer verbundenen Dritten. Dadurch wird aber dem un-

1) E. Wolf, § 2 B III c 3

2) vgl. Paulus in L. 3 § 5 de poss. 41, 2

3) D. 41, 2, 3, 5

mittelbaren Besitzer der Besitz nicht abgesprochen. Beide, unmittelbarer und mittelbarer Besitzer, besitzen die Sache, und zwar nicht nur jeder zu einem Teil und auch nicht nur gemeinschaftlich, sondern jeder hat Besitz an der Sache als Ganzem. Mittelbarer Besitz ist kein Teil- und auch kein Mitbesitz, sondern ein "Doppelbesitz".

Würde man den Besitzbegriff der römischen Juristen¹⁾ zugrundeliegen, so müßte man den mittelbaren Besitz als logisch unmöglich verwerfen. Die Anerkennung der Position des mittelbaren Besitzers in § 868 als Besitz zeigt daher, daß der Besitzbegriff eine Erweiterung erfahren hat. Er läßt sich nicht mehr nur als die Beziehung eines Subjekts zu einem Objekt definieren, als die tatsächliche Beherrschung der Sache²⁾. Besitz ist auch die Beziehung von Subjekt zu Subjekt, wie sie im mittelbaren Besitz zum Ausdruck kommt³⁾. Entscheidend für das Vorhandensein von Besitz ist nicht mehr allein der Kontakt einer Person mit einer Sache, sondern Besitz kann auch basieren auf der Beziehung zweier Rechtsgenossen zueinander⁴⁾. Diese Beziehung kann die Gestalt eines Rechtsverhältnisses annehmen wie in §§ 868, 871; sie kann sich auch ergeben aus einem sozialen Abhängigkeitsverhältnis wie in § 855. In beiden Fällen stellt sich der Besitz nicht als eine tatsächliche Beherrschung des Objekts dar, sondern als eine Sachherrschaft, die auf einer bestimmten Beziehung zu einem anderen Subjekt beruht. Der mittelbare Besitz wird daher auch als eine "geistige Herrschaft"⁵⁾ im Gegensatz zur tatsächlichen des § 854 bezeichnet.

1) s. oben S. 29

2) so das römische Recht, s. oben S. 29

3) ähnlich Westermann, § 8, 6

4) ähnlich spricht Hummel, MDR 1967, 967 (969) bzgl. der Vereinbarkeit von unmittelbarem Eigenbesitz und mittelbarem Fremdbesitz von "zweierlei Arten von Wirklichkeiten im Besitzrecht: eine tatsächliche im Bereich des Raumes und eine andere, die dem Bereich des sich verpflichtenden Denkens anhand von Rechtsbegriffen angehört..".

5) Soergel-Mühl, § 868, 2; Erman-Westermann, § 868, 2; Westermann, § 8, 1; Wolff-Raiser, § 8 III

Die Erweiterung des Besitzbegriffs ist eine Folge des Bedürfnisses gewesen, den Besitzschutz auch auf solche Personen auszudehnen, die nach der ursprünglichen Auffassung keinen Besitz hatten¹⁾. Schutzwürdig und -bedürftig erschien nicht nur der, der die tatsächliche Gewalt über die Sache hatte, sondern auch der, bei dem dieses äußere Herrschaftsverhältnis zur Sache nicht bestand, dem die Sache dennoch zugeordnet ist (z.B. Eigentum). Jedes dieser possessorisch geschützten Verhältnisse sollte Besitz sein, der Besitz an den Besitzschutz anknüpfen²⁾. Wenn aber der Besitz infolgedessen zu einem relativen Begriff geworden ist, die Beziehung eines Subjekts sowohl zu einem Objekt als auch zu einem Subjekt beinhaltet, dann ist ein Besitz mehrerer nebeneinander, der sich gegenseitig ausschließt und doch ungeteilt an der ganzen Sache besteht, nicht denkunmöglich. Als eine Beziehung der mittelbaren Besitzer zu ihrem Besitzmittler widerspricht ein solcher Besitz nicht der Struktur des Besitzrechts.

- 3) Die weitere Ansicht³⁾, die Unmöglichkeit des Nebenbesitzes resultiere daraus, daß es dem Besitzmittler nicht möglich sei, den Besitz zwei mittelbaren Besitzern nebeneinander vermitteln zu wollen, ist in zweierlei Hinsicht angreifbar.

So erscheint es fraglich, ob zum Tatbestand des mittelbaren Besitzes ein Besitzmittlungswille des unmittelbaren Besitzers gehört⁴⁾.

Unterstellt man die Notwendigkeit eines solchen Besitzmittlungswillens, dann erhebt sich die Frage, warum der Besitzmittler nicht einen derartigen Willen in Richtung auf mehrere Personen haben kann. Die Unmöglichkeit des Willens wird mit der Unmöglichkeit der gleichzeitigen Herausgabe an zwei Personen begründet⁵⁾. Diese Argumentation kann nicht richtig sein,

1) Protokolle, Bd 3, S. 28

2) Protokolle, Bd 3, S. 28

3) RGRK-Kregel. § 868, 9 u. 21, v. Staudinger-Seufert, 11. Aufl., § 868, 27 b; Schlegelberger-Vogels, § 868, 6 u. 50; Soergel-Mühl, § 868, 25 f.; Wolf, § 2 B III c 3; wohl auch Zunft NJW 1957, 445 (447, 448), mit Zustimmung von Bühring NJW 1954, 1067 (1068)

4) Diese Frage soll an dieser Stelle noch nicht erörtert werden, da sie Thema des zweiten Teils der Arbeit ist.

5) s. Fußn. 3) und oben S. 14

da sie zwei so verschiedene Dinge wie Wollen und Können gleichsetzt. Es ist möglich, Entgegengesetztes gleichzeitig zu wollen; nur die gleichzeitige Verwirklichung dieses auf verschiedene Ziele gerichteten Willens kann unmöglich sein¹⁾. Daß ein Besitzmittlungswille auch bei Unmöglichkeit der Herausgabe an alle bestehen kann, zeigt ein Vergleich mit dem mittelbaren Mitbesitz mehrerer Gesamtgläubiger²⁾. Dort vermittelt der unmittelbare Besitzer den mittelbaren Besitz mehreren Personen, von denen jede die Herausgabe an sich allein verlangen kann. Der Mittler hat die Wahl, an wen er herausgeben will. Hat er seine Wahl getroffen, so ist die Herausgabe an andere unmöglich geworden. Insoweit besteht eine Parallele zum Nebenbesitz; der Besitzmittler ist zwei Forderungsrechten ausgesetzt, kann aber nur eine Leistung erbringen. Der Unterschied zum Nebenbesitz besteht lediglich darin, daß die Herausgabe an einen Mitbesitzer den unmittelbaren Besitzer befreit (§ 428), die Herausgabe an einen Nebenbesitzer dagegen keine befreiende Wirkung hat, sondern der Anspruch unter Änderung seines Inhalts bestehen bleibt. Das Fehlen des Besitzmittlungswillens beim Nebenbesitz wird aber nicht aus der bei Nebenbesitz und mittelbarem Mitbesitz verschiedenen Rechtsfolge im Falle der Herausgabe der Sache hergeleitet, sondern aus der Unmöglichkeit der Herausgabe an beide Nebenbesitzer getrennt. In diesem Punkt ist die Situation beim mittelbaren Mitbesitz jedoch gleich, ohne daß am Vorliegen des Besitzmittlungswillens gezweifelt wird.

Der Schluß von der Unmöglichkeit der Herausgabe an jeden Nebenbesitzer gesondert auf das Fehlen des Besitzmittlungswillens beim mittelbaren Besitzer kann daher nicht richtig sein.

1) so auch Hummel, MDR 1967, 967 (968), bzgl. der Vereinbarkeit von Eigen- u. Fremdbesitzwille

2) vgl. auch Weise, S. 50, 51

Ist es dem Besitzmittler aber möglich, mehreren mittelbaren Besitzern den Besitz nebeneinander vermitteln zu wollen, so ist auch die Behauptung der oben zitierten Meinung¹⁾ falsch, in Wirklichkeit gebe es immer nur ein Nacheinander, nie ein Nebeneinander mittelbarer Besitzer. Denn sie beruht auf der, wie soeben festgestellt, unrichtigen Prämisse der Unmöglichkeit eines Besitzmittlungswillens in Richtung auf mehrere Personen.

- 4) Müller-Erzbach's²⁾ Theorie von der Unvereinbarkeit zweier parallel laufender Besitzberechtigungen auf Grund der beim mittelbaren Besitz herrschenden Interessenlage ist entgegenzuhalten, daß ein zweites Besitzmittlungsverhältnis nicht immer dem Besitzinteresse des ersten mittelbaren Besitzers zuwiderläuft. So berühren sich z.B. in den "Vorbehaltskäufverfällen" die Interessen von Vorbehaltsverkäufer und Anwartschaftserwerber nicht. Der Vorbehaltsverkäufer zerstört daher auch nicht die zwischen ihm und dem Vorbehaltsverkäufer bestehende Interesseneinheit, wenn er seine Eigentumsanwartschaft einem Dritten überträgt.
- 5) Der Ansicht des Reichsgerichts³⁾ und Herschels⁴⁾, eine besitzrechtliche Beteiligung mehrerer an einer Sache, wie sie die §§ 866, 868, 871 vorsähen, sei als eine Ausnahme zu verstehen, der keine weiteren hinzugefügt werden dürften, ist entgegenzuhalten, daß diese Regelungen nicht unbedingt als Ausnahmen verstanden werden müssen. Sie können auch Beispiele sein, denen weitere hinzuzufügen sind.
- Dafür spricht, daß der Besitz auch ein Begriff des Verkehrs ist; die Frage, ob und wann jemand die tatsächliche Gewalt

1) RGRK-Kregel, § 868, 9 u. 21, v. Staudinger-Seufert, 11. Aufl., § 868, 27 b; Schlegelberger-Vogels, § 868, 6 u. 50; Soergel-Mühl, § 868, 25 f.; Wolf, § 2 B III c 3; wohl auch Zunft, NJW 1957, 445 (447, 448), mit Zustimmung von Bühring, NJW 1954, 1067 (1068)

2) AcP 142, 41, 49

3) RGZ 135, 75 (80 f.)

4) Herschel, JW 1933, 1997 f.

über eine Sache erlangt hat, beurteilt sich nach der Verkehrsanschauung¹⁾. Die Verkehrsverhältnisse unterliegen aber einem steten Wechsel. Es ist daher nicht angezeigt, Begriffen des Verkehrs eine feste gesetzliche Regelung zu geben, da sie im Falle einer Weiterentwicklung der Verkehrsanschauung obsolet werden kann. Aus diesem Grunde erscheint es unwahrscheinlich, daß der Gesetzgeber eine ausschließliche Anzahl von Besitztatbeständen schaffen wollte. Er hat vielmehr nur die Bestimmungen in das BGB aufgenommen, die zur Regelung des Besitzrechts notwendig waren, die weitere Ausgestaltung aber der Rechtslehre und -sprechung überlassen²⁾.

Gegen den *numerus clausus* der Sachenrechte³⁾ kann eine Anerkennung des Nebenbesitzes nur verstoßen, wenn der Besitz ein Sachenrecht darstellt.

Ein Sachenrecht im technischen Sinne ist der Besitz nicht. Das zeigt sich u.a. darin, daß er nicht in das Grundbuch eingetragen werden kann, seine Übertragung keine Verfügung darstellt. Besitz als Ausübung der tatsächlichen Gewalt erscheint vielmehr als eine Tatsache. Andererseits genießt der Besitz Schutz - wenn auch nur unvollkommen - gegenüber Dritten (§§ 1007, 861, 862), er ist übertragbar (§§ 854 II, 870) und vererblich (§ 857). Mit der Sachherrschaft sind also Rechtsfolgen verbunden; der Besitz kann daher insoweit als Recht bezeichnet werden.

Angesichts dieser Zwischenpositionen zwischen Schuldrecht und Sachenrecht⁴⁾ erscheint es fraglich, ob der Besitz dem Grundsatz vom geschlossenen Kreis der dinglichen Rechte unterliegt.

Doch auch im Falle einer Zuordnung des Besitzes zu den Sachenrechten wird durch den Nebenbesitz der Kreis der Sachenrechte

1) Palandt-Degenhart, § 854, 1 a. v. Staudinger-Seufert, § 854, 2 m.w.N.

2) Kreß, § 29 I c, § 30 I b

3) RGZ 135, 75 (80); Herschel, JW1933, 1997 f.;
s. oben S. 15

4) Soergel-Mühl, Einl. 22 zum Besitz

nicht um ein neues Recht erweitert. Das bestehende Sachenrecht "Besitz" wird lediglich vervollständigt¹⁾, ähnlich wie mit der Eigentümergrunddienstbarkeit auch kein neues dingliches Recht eingeführt, sondern ein bestehendes, die Grunddienstbarkeit, weiterentwickelt wurde²⁾.

- 6) Nicht überzeugen kann das Argument, die Anerkennung eines Nebenbesitzes habe Rechtsunsicherheit und Unklarheit zur Folge³⁾.

Das Problem, welchem der beiden Nebenbesitzer die Eigentumsvermutung des § 1006 zugute kommen soll, läßt sich so lösen, daß im Verhältnis zu Dritten die Wirkung des § 1006 beiden Nebenbesitzern zuteil wird, sie sich im Verhältnis zueinander aber nicht auf diese Vorschrift berufen können⁴⁾.

Die Unsicherheit wäre größer, wollte man einen Nebenbesitz nicht anerkennen. Denn je nach Willenslage beim Besitzmittler würde die Person des mittelbaren Besitzers ständig wechseln. Es wäre in das Belieben des unmittelbaren Besitzers gestellt, ob heute A, morgen B, übermorgen C, dann wieder A usw. mittelbare Besitzer sind. Angesichts des Strebens des Besitzrechts nach Stabilität⁵⁾ wäre dies ein höchst unerfreulicher Zustand.

- 7) Der Lösungsvorschlag Boehmers⁶⁾, wonach der Dritte keinen mittelbaren Besitz erhalten soll, ist nicht akzeptabel. Das Entstehen mittelbaren Besitzes hat nur zur Voraussetzung den unmittelbaren Besitz des Mittlers und die Vereinbarung eines dem § 868 entsprechenden Verhältnisses. Nicht erforderlich ist eine Berechtigung zu solchem Handeln. Die Einfügung einer solchen, dem Gesetz widersprechenden Voraussetzung kann auch nicht, wie Bohmer es tut, mit der Unbilligkeit und Gewagtheit anderer Lösungswege begründet werden.

1) ebenso Weise, S. 55

2) RGZ 142, 231 (234, 235)

3) RGZ 135, 75 (81); Herschel, JW 1933, 1997 f.; Boehmer, S. 43

4) Westermann, § 19 II 4 b; Probst, ZHR 101, 199 (218)

5) Westermann, § 19 II 4 a

6) s. oben S. 16

- 8) Der von Henke¹⁾ vorgenommenen Gleichsetzung des mittelbaren Besitzes mit dem Herausgabeanspruch des mittelbaren Besitzers kann nicht zugestimmt werden.

Auch wenn der Herausgabeanspruch des Sicherungsnehmers als ein aufschiebend bedingter von den Parteien gewollt ist, kann das Besitzkonstitut und damit der mittelbare Besitz schon vorher unbedingt begründet worden sein. Denn der mittelbare Besitz erschöpft sich nicht in der Möglichkeit, die Herausgabe der Sache von dem Besitzmittler verlangen zu können. So umfaßt sowohl das zugrundeliegende Rechtsverhältnis mehr Rechte und Pflichten als auch die Sachherrschaft des mittelbaren Besitzers mehr Möglichkeiten zur Einwirkung auf die Sache als das Recht, die Herausgabe zu verlangen. Vorbehaltskäufer und Anwartschaftserwerber können ein gegenwärtiges Besitzkonstitut gründen mit der Vereinbarung, daß der Herausgabeanspruch aufschiebend bedingt sein soll durch den Wegfall des Eigentumsvorbehaltes des Verkäufers. Für den Sicherungsnehmer entsteht mittelbarer Besitz bereits im Zeitpunkt der Begründung des Besitzmittlungsverhältnisses, nicht erst im Zeitpunkt des Bedingungsseintritts.

- 9) Die Ansicht des Bundesgerichtshofs²⁾ und Zunft's³⁾ ist in zweierlei Hinsicht angreifbar.

Zum einen widerspricht es dem Begriff des mehrstufigen mittelbaren Besitzes, wenn zwischen Vorbehaltskäufer und -verkäufer ein mittelbarer Besitz bestehen soll⁴⁾.

Mehrstufiger mittelbarer Besitz setzt voraus ein Besitzmittlungsverhältnis zwischen dem unmittelbaren und dem erststufigen mittelbaren Besitzer und ein zweites zwischen dem erst- und dem zweitstufigen mittelbaren Besitzer, dagegen kein Rechtsverhältnis der in § 868 bezeichneten Art zwischen dem unmittelbaren und dem zweitstufigen mittelbaren Besitzer.

1) s. oben S. 17

2) BGHZ 28, 16 ff

3) NJW 1957

4) vgl. Henke, JZ 1959, 202 (203); Weise, S. 32 f.

Der BGH¹⁾ nimmt aber zusätzlich zu dem Besitzmittlungsverhältnis zwischen Anwartschaftserwerber (= erststufiger mittelbarer Besitzer) und Vorbehaltsverkäufer (= zweitstufiger mittelbarer Besitzer) noch ein Besitzmittlungsverhältnis zwischen dem Vorbehaltskäufer als unmittelbarem Besitzer und dem Vorbehaltsverkäufer als zweitstufigen mittelbaren Besitzer an. Es liegt also nicht ausschließlich der Fall eines Nacheinander mittelbarer Besitzpositionen vor, wie es für § 871 erforderlich wäre, sondern es existiert sowohl ein Nach- als auch ein Nebeneinander mittelbaren Besitzes.

Zum anderen muß aber auch das Vorliegen des von § 871 geforderten Nacheinanders mittelbaren Besitzes in Zweifel gezogen werden. Mehrstufiger mittelbarer Besitz entsteht dann, wenn die beiden mittelbaren Besitzer durch ein Rechtsverhältnis nach § 868 miteinander verbunden sind. Zwischen Vorbehaltsverkäufer und Anwartschaftserwerber besteht aber keine schuldrechtliche Beziehung.

Zunft²⁾ leitet die Besitzberechtigung aus dem dinglichen Recht des Anwartschaftserwerbers her, bei Bedingungseintritt Eigentümer zu werden. Dann müßte die Besitzberechtigung des Vorbehaltskäufers, dem die Anwartschaft vor der Übertragung zustand, ebenfalls auf der dinglichen Rechtsstellung beruhen. Nach h.M.³⁾ gründen sich jedoch die Besitzverhältnisse zwischen Vorbehaltsverkäufer und -käufer auf den zwischen ihnen geschlossenen Kaufvertrag. Durch die Übertragung der Anwartschaft kann somit nicht der mittelbare Besitz übergehen⁴⁾. Dies erkennt auch Medicus⁵⁾, wenn er zugibt, daß es schwerfällt zu erklären, wie sich der Sicherungsnehmer in das ursprünglich direkte Besitzmittlungsverhältnis zwischen Vorbehaltsverkäufer und -käufer einschieben kann. Medicus tut dieses Bedenken als Ungereimtheit ab, die auf die Anerkennung der Anwartschaft als selbständiges Recht zurückgehe. Da aber

1) BGHZ 28, 16 (27)

2) NJW 1957, 445 (448)

3) Wolff-Raiser, § 2 II 3 b; weitere Nachweise bei Georgiades (Eigentumsanwartschaft beim Vorbehaltskauf) S. 17 FN 9

4) so auch Weise, S. 38 f.

5) § 22 IV 3

ein Besitzmittlungsverhältnis zwischen dem Sicherungsnehmer und dem Vorbehaltsverkäufer nun einmal nicht existiert, können diese Fälle auch nicht dem § 871 unterstellt werden.

- 10) Für die Autoren¹⁾, die einen Nebenbesitz anerkennen, ist er abhängig vom Weiterbestehen des ersten mittelbaren Besitzes, wobei die Kriterien, nach welchen mittelbarer Besitz vorliegt, unterschiedlich sind. Durch welche Handlungen der bisherige mittelbare Besitz untergeht, ist jedoch Gegenstand des zweiten Teils der Abhandlung²⁾, so daß an dieser Stelle auf eine Auseinandersetzung mit diesen Ansichten verzichtet wird.

C) Zusammenfassung

Die im ersten Teil dargestellten Ansichten von Rechtsprechung und Literatur lassen erkennen, daß die Frage nach dem Nebenbesitz auch eine Frage nach den Voraussetzungen mittelbaren Besitzes ist.

Nach der subjektiven Theorie des Reichsgerichts³⁾ und des überwiegenden Teils der Literatur⁴⁾ gehört zum mittelbaren Besitz der Wille des unmittelbaren Besitzers zur Besitzvermittlung. Ändert sich dieser Besitzmittlungswille, sei es, daß der Mittler die Sache nur noch für sich selbst besitzen, sei es, daß er den Besitz an dem Gegenstand für eine andere Person als den bisherigen mittelbaren Besitzer ausüben will, so ändern sich dadurch die Besitzverhältnisse. Das Reichsgericht⁵⁾ und ihm folgend ein Teil der Literatur⁶⁾ sehen eine Änderung des Besitzmittlungswillens in jedem neuen

-
- 1) Manigk, Dölle, Probst (s. oben S.19, N.6,7,8), Wolff-Raiser, v.Staudinger-Kober (s. oben S.21, N.4,5), Westermann (s. oben S.23, N.1), Wessels (s. oben S.25, N.1), Baur, Palandt-Degenhart, Medicus, Lange (s. oben S.25, N.5,6,7,8), Paulus, Pohle (s.oben S.26,N.2,3),Weise (s.oben S.27,N.1).
2) s.unten S.42N.
3) s. oben S.11, N. 2
4) s. oben S.11, N. 1 sowie Dölle, JZ 1932, 1212 u. 3763; Wolff-Raiser, § 15 II 2; v.Staudinger-Kober, § 868, 10 u. 27; Baur, § 7 u. § 52 II 4 c; Palandt-Degenhart, § 868 4 c; Medicus, § 219; Paulus, JZ 1957, 41; Pohle, MDR 1956, 732
5) s. oben S. 11, N. 2
6) s. oben S. 11, N. 1

Besitzmittlungsverhältnis, das der unmittelbare Besitzer mit einem Dritten über denselben Gegenstand eingeht. In dem Neuabschluß zeige sich der Wille des Besitzmittlers, nicht mehr für den bisherigen mittelbaren Besitzer den Besitz vermitteln zu wollen.

Nach anderer Ansicht¹⁾ kann der Abschluß eines zweiten Besitzmittlungsverhältnisses die Negierung des Willens zur Besitzvermittlung sein, muß es aber nicht sein. Wenn der Besitzmittler mit einem Dritten einen neuen mittelbaren Besitz vereinbart, so kann er daneben durchaus den Willen haben, weiterhin für den alten mittelbaren Besitzer zu besitzen. In diesem Falle endet der erste mittelbare Besitz nicht. Ob ein solcher Wille vorhanden ist, ergibt sich aus dem Gesamtverhalten des Mittlers.

Nach beiden Auffassungen ist der mittelbare Besitz abhängig vom Willen des Mittlers. Das Gesamtverhalten, auf das zum Teil abgestellt wird, ist nichts anderes als ein Indiz für den Willen. Es macht keinen Unterschied, ob ich zu mir selbst sage: das Buch, das ich mir geliehen habe, werde ich als mein eigenes behalten, ob ich das von A entlehene Buch dem B verkaufe und vorerst noch zum Lesen zurückbehalte, oder ob ich das ausgeliehene Buch behalten will und meinen Namen hineinschreibe. Der Verlust des mittelbaren Besitzes des Verleihers tritt in allen Fallvarianten auf Grund meines Willens ein; in den beiden letzten Fällen drückt sich mein Wille in meinem Verhalten aus.

Die Konsequenzen dieser subjektiven Theorie sind daher:

- Einen Nebenbesitz kann es nie geben, da jedes neue Besitzmittlungsverhältnis das alte vernichtet - so das Reichsgericht²⁾.
- Ein Nebenbesitz entsteht immer dann, wenn das Gesamtverhalten des Mittlers die Schlußfolgerung zuläßt, daß er den mittelbaren Besitz seinem bisherigen Oberbesitzer weiterhin vermitteln will³⁾.

1) Dölle, JZ 1932, 1212 u. 3763; Wolff-Raiser, § 15 II 2; v. Staudinger-Kober, § 868, 10 u. 27; Baur, § 7 u. § 52 II 4 c; Palandt-Degenhart, § 868, 4 c; Medicus, § 219; Paulus, JZ 1957, 41; Pohle, MDR 1956, 732

2) s. oben S. 11, N. 1 u. 2

3) s. oben S. 38, die in N. 4 namentlich genannten Autoren

Angesichts des mit der subjektiven Theorie verbundenen ständigen Wechsels in den Besitzverhältnissen wird der Versuch unternommen, den mittelbaren Besitz zu objektivieren¹⁾.

So beurteilt sich nach einer Meinung²⁾ das Bestehen mittelbaren Besitzes nach der Einwirkungsmöglichkeit, der Sachherrschaft des mittelbaren Besitzers. Da aber der Einwirkungsmöglichkeit das Verhalten des Besitzmittlers zugrundegelegt wird, enthält auch diese Ansicht nach wie vor ein subjektives Element. Der Besitzmittler kann, wenn er ein entsprechendes Verhalten an den Tag legt, den mittelbaren Besitz seines Oberbesitzers beenden.

Dagegen ist nach anderer Auffassung³⁾ eine Annullierung des Oberbesitzes des mittelbaren Besitzers durch einseitige Handlung des Besitzers rechtlich unmöglich, solange das dem mittelbaren Besitz zugrundeliegende Rechtsverhältnis fortbesteht und der Besitzmittler die tatsächliche Gewalt fortsetzt. Der mittelbare Besitz wird nicht so sehr als ein Verhältnis tatsächlicher als ein solches rechtlicher Gewalt angesehen, zu dessen Begründung und Fortbestehen nur unmittelbarer Besitz des Mittlers und ein Rechtsverhältnis im Sinn des § 868 erforderlich sind. Der Besitzmittlungswille ist kein Tatbestandsmerkmal. Ein zweites Besitzmittlungsverhältnis in Bezug auf denselben Gegenstand kann daher den ersten mittelbaren Besitz nicht beenden. Es entsteht somit zwangsläufig ein Nebeneinander mehrerer mittelbarer Besitzpositionen⁴⁾. Beurteilt man dagegen das Bestehen mittelbaren Besitzes nach der Einwirkungsmöglichkeit des mittelbaren Besitzers auf die Sache, dann ist ein Nebenbesitz nicht die zwangsläufige Folge. Der ursprüngliche mittelbare Besitz kann auch erlöschen⁵⁾.

1) Manigk, JW 1928, 398; OLG Hamburg; Probst, ZHR 101, 199 ff.; Westermann, § 19 II 4; Wessels, S. 31 ff.; Boehmer, S. 43

2) Probst, ZHR 101, 199 ff.; Westermann, § 19 II 4; Wessels, S. 31 ff.

3) Manigk, JW 1928, 398; OLG Hamburg; Boehmer, S. 43

4) a.A. allerdings Boehmer, S. 44; vgl. oben S.16

5) s. oben N.2

Es ist somit festzuhalten: liegt der Grund des mittelbaren Besitzes nicht in dem Willen des Unterbesitzers, sondern in dem zwischen ihm und dem Oberbesitzer bestehenden Rechtsverhältnis, so erlischt bei Abschluß eines neuen Besitzmittlungsverhältnisses mit einem Dritten der erste mittelbare Besitz nicht. Es bestehen zwei Besitzmittlungsverhältnisse in Bezug auf dieselbe Sache. Die beiden mittelbaren Besitzer sind Nebenbesitzer¹⁾. Ist der mittelbare Besitz allerdings von einem Besitzmittlungswillen des unmittelbaren Besitzers abhängig, dann erlischt der mittelbare Besitz, wenn dieser Wille nicht mehr existiert²⁾. Ein weiteres Problem wäre dann, ob der Abschluß eines neuen Besitzmittlungsverhältnisses eine solche Negation des Besitzmittlungswillens darstellt. Die nachfolgenden Untersuchungen werden sich daher mit der Frage zu befassen haben, welches die Voraussetzungen des mittelbaren Besitzes sind, ob also die Grundlage des mittelbaren Besitzes in dem Willen des Besitzmittlers zur Besitzvermittlung oder in dem zugrundeliegenden Rechtsverhältnis zu sehen ist.

1) Manigk, JW 1928, 398; OLG Hamburg

2) so u.a. das Reichsgericht aaO; s. oben S.11. N. 1

Zweiter Teil:

Abhängigkeit des mittelbaren Besitzes vom Mittlungswillen des Besitzmittlers

A) Besitzwille und Besitzmittlungswille

Besitz, sowohl unmittelbarer als auch mittelbarer, erfordert einen Besitzwillen. Zwar wird das Willensmoment im BGB nicht besonders betont. In Abweichung zum ersten Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches bleibt der "Wille des Inhabers, die Sache als die seinige zu haben"¹⁾ im BGB unerwähnt. "Der Besitz einer Sache wird durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache erworben" (§ 854 I BGB). Aber die "tatsächliche Gewalt" ist kein bloß physischer Zustand, sondern eine Verkörperung des Willens. Ein noch so enges körperliches Nebeneinander kann nicht zur tatsächlichen Gewalt führen, wenn nicht ein entsprechend entwickelter ausdrucksfähiger Wille vorhanden ist. So hat ein Schlafender oder sinnlos Betrunkener, dem ein Gegenstand zugesteckt wird, daran noch keinen Besitz. Erst wenn sich Wissen und Bewußtsein wieder einstellen, wird aus dem Raumverhältnis zwischen Person und Sache ein Besitzverhältnis. Steckt mir jemand ohne mein Wissen etwas in die Tasche, so ist der Gegenstand im Bereich meiner tatsächlichen Gewalt; aber ich besitze ihn nicht, solange ich nicht zumindest einen generellen Willen habe²⁾. Das Schulbeispiel ist der Briefkasten an der Wohnungstür: der Wohnungsinhaber wird Besitzer aller an ihn gerichteter Briefe, da sich darauf sein genereller Besitzerwerbswille erstreckt, nicht aber solcher, deren Adressat er nicht ist³⁾. Daß eine unbewußte Innehabung noch kein Besitz ist, zeigt sich auch an § 867 I. Die Sache, die aus der Gewalt des Besitzers auf ein Grundstück geraten ist, das ein anderer in Besitz hat, befindet sich tatsächlich im Machtbereich des

1) § 797 E I

2) v. Staudinger-Seufert, § 854, 6

3) vgl. Wolff-Raiser, § 10 Note 2; v. Staudinger-Seufert, § 854, 6; Lent-Schwab, § 4 I 2

Grundstücksbesitzers. Es ist aber zunächst nur ein äußeres Raumverhältnis zwischen Subjekt und Objekt geschaffen. Um dieses Raumverhältnis zu einem Besitzverhältnis werden zu lassen, bedarf es noch einer "Inbesitznahme", das heißt einer Betätigung des Willens¹⁾.

Gehört also zum unmittelbaren Besitz der Wille, die Sache zu beherrschen, dann ist derselbe Wille auch beim mittelbaren Besitz zu verlangen, da mittelbarer Besitz den unmittelbaren Besitz einer anderen Person, des Besitzmittlers, zur Voraussetzung hat. Mittelbarer Besitz ist nicht möglich, wenn zwischen dem Gegenstand und dem "Besitzmittler" zwar ein äußeres Raumverhältnis aber kein Besitzverhältnis besteht. Dann würde ein Tatbestandsmerkmal des mittelbaren Besitzes, der unmittelbare Besitz einer anderen Person, fehlen. Der Mittler muß daher den Willen haben, die Sache zu beherrschen.

Eine andere Frage ist, ob dieser Besitzwille in eine bestimmte Richtung gehen muß, ob der Besitzmittler den Willen haben muß, den Besitz für einen anderen zu vermitteln.

Dieser Wille zur Besitzvermittlung ist Gegenstand der folgenden Erörterung. Der Besitzbegriff des 19ten Jahrhunderts, die Materialien zum BGB und der Wortlaut der den mittelbaren Besitz betreffenden Normen, sowie die Entwicklung der Lehre vom mittelbaren Besitz unter der Geltung des BGB werden daraufhin untersucht, inwieweit zum mittelbaren Besitz ein Mittlungswille des unmittelbaren Besitzers erforderlich ist und welche Funktion dem von § 868 geforderten Rechtsverhältnis zukommt. Es wird der Versuch unternommen, anhand der Entwicklungen, die die Besitzlehre erfahren hat, eine Antwort zu finden auf die Frage, ob mittelbarer Besitz ein subjektives Machtverhältnis ist, beruhend auf dem Besitzmittlungswillen des mittelbaren Besitzers oder ein objektives Herrschaftsverhältnis, basierend auf der rechtlichen Beziehung zwischen Ober- und Unterbesitzer.

1) Soergel-Mühl, § 854, 7, 8; Palandt-Degenhart, § 854, 2

B) Die Entwicklung des Besitzbegriffes seit dem 19ten Jahrhundert

I. Der Besitzbegriff des späten 19ten Jahrhunderts

Dem gemeinen Recht war der mittelbare Besitz des BGB unbekannt. In Anlehnung an den römischen Satz "plures eandem rem in solidum possidere non possunt"¹⁾ (= aller Besitz ist ausschließlich) gab es nur einen Besitzer. Bei Verhältnissen wie Miete oder Pacht hatte daher den Besitz nur der Vermieter oder Verpächter. Er war juristischer Besitzer. Zu seinem Schutz standen besondere Rechtsmittel, die Interdikte²⁾, zur Verfügung; sie gaben ihm gegen eigenmächtige Eingriffe einen Anspruch auf Wiederherstellung des früheren Zustandes. Er hatte die Möglichkeit der Ersitzung (Usucapition³⁾), der im gemeinen Recht eine größere Bedeutung zukam als heute, wo sie vom gutgläubigen Erwerb verdrängt wird. Mieter und Pächter, die die Sache tatsächlich inne hatten, waren Detentoren⁴⁾. An der Stelle unserer heutigen unmittelbaren und mittelbaren Besitzer standen sich im gemeinen Recht also die Detentoren und die juristischen Besitzer gegenüber.

Der Gegensatz zwischen juristischem Besitz und Detention verlangte nach einer Erklärung. Zwar wurde das Problem, eine rechtsdogmatische Begründung zu geben, zum Teil für ebenso unlösbar gehalten wie das der Quadratur des Zirkels⁵⁾. Doch die gemeinrechtliche Doktrin⁶⁾ fand die Erklärung zum einen in dem Willen des Inhabers, einer subjektiven Komponente. So wie heute der mittelbare Besitz überwiegend als auf dem Willen des Besitzmittlers beruhend angesehen wird, dem Oberbesitzer den Besitz zu vermitteln, war im gemeinen Recht der

1) Paulus in L. 3 § 5 de poss. 41, 2

2) v. Savigny, § 2, S. 30 ff

3) v. Savigny, § 2, S. 29

4) v. Savigny, § 23, S. 283

5) Meischeider, S. 19

6) Arndts § 135; Baron JherJb 29, 192; 30, 197; Brinz §§ 135, 139; Bruns, Carl Georg, §§ 1, 55; Hirsch, S. 683 ff.; v. Jhering, JherJb 32, 41 ff.; ders., Besitzwille, S. 6 ff.; Karlowa, S. 332 ff.; Keller, §§ 115, 118; Kuntze, S. 15 ff.; 121; Lenz, S. 99, 170; Mandry, AcP 63, 1 ff.; Oertmann, S. 202; Puchta, § 104; Riccobono, AcP 80, 124 ff.; v. Savigny insbes. § 9; Thibaut Pandekten, § 295; AcP 18, 315; Windscheid, §§ 148, 149, 157

Wille des Inhabers für die Unterscheidung Besitz - Detention verantwortlich. Zum anderen wurde die Regelung der Besitzverhältnisse durch das Recht, also ein objektiver Faktor, zur Erklärung des Unterschiedes herangezogen. Mit diesen beiden Versuchen einer Einordnung des Besitzbegriffs sind die Namen zweier großer Juristen verbunden: Friedrich Carl v. Savigny und Rudolf v. Jhering.

1. Die Subjektivitätstheorie Friedrich Carl v. Savigny's

Begründer der Subjektivitäts- oder Willenstheorie¹⁾ war Friedrich Carl v. Savigny. In seinem Werk "Recht des Besitzes, 1803", das man als Ausgangspunkt der modernen Besitzlehre bezeichnen kann, legt er dar, daß juristischer Besitz nur dann gegeben ist, wenn ein Wille vorhanden ist, für sich zu besitzen. Fehlt dieser Wille, für sich zu besitzen, so ist nicht Besitz, sondern Detention anzunehmen. Der Definition des Besitzes legt er eine Begriffsbestimmung der Detention zugrunde. Detention ist nach v.Savigny²⁾ der Zustand, in welchem die eigene Einwirkung auf die Sache physisch möglich ist und jede fremde Einwirkung verhindert werden kann. In der Detention liegt die Ausübung des Eigentums, der rechtlichen Möglichkeit, auf eine Sache nach Gutdünken einzuwirken und jeden anderen auszuschließen. Detention "ist der faktische Zustand, welcher dem Eigentum, als einem rechtlichen Zustand, korrespondiert". Soll die Detention als Besitz gelten, so muß sie absichtlich sein, das heißt, man muß die Detention nicht nur haben, sondern auch haben wollen³⁾. Dieses Wollen bezeichnet v.Savigny als animus possidendi. Der animus possidendi besteht seiner Meinung nach in der Absicht, das Eigentum auszuüben, da doch die Detention der physische Zustand ist, der dem Eigentum als dem rechtlichen Zustand korrespondiert. Die Absicht, das Eigentum auszuüben, könne aber in zweifacher Weise bestehen. Der Detentor könne die Absicht haben, eigenes oder fremdes Eigentum auszu-

1) Die Bezeichnung stammt von v.Jhering, Besitzwille 1889

2) v.Savigny, § 1, S. 26 f.

3) § 9, S. 109

üben. Im zweiten Fall werde die Detention nicht zum Besitz erhoben. Sei dagegen die Absicht auf eigenes Eigentum gerichtet, so sei Besitz anzunehmen¹⁾. Besitzer ist also nach v.Savigny der, der die Sache faktisch so beherrschen will, wie ein Eigentümer kraft seines Rechts dazu befugt ist. Zum Besitz gehört daher nach v.Savigny's Verständnis Detention plus animus possidendi, wobei dieser ein "animus domini" oder "animus sibi habendi" sein muß. Nicht dazu gehört die Überzeugung, wirklich Eigentümer zu sein; Besitzer kann also auch der Dieb oder der Räuber sein²⁾.

Dieser Besitz, der auf Detention und animus domini beruht, ist nach v.Savigny³⁾ der ursprüngliche. Seine Definition erfaßt die Fälle, in denen der Eigentümer selbst die Sache in Händen oder sie an einen anderen vermietet oder verpachtet hat. Der Eigentümer hat den juristischen Besitz. Der Mieter oder Pächter hat zwar die tatsächliche Einwirkungsmöglichkeit, aber er will sie nicht wie ein Eigentümer ausüben. Ihm fehlt der animus domini, der Wille, die Sache wie ein Eigentümer zu beherrschen. Mieter und Pächter sind daher nur Detentoren; der, für den sie die Sache haben, der Vermieter oder Verpächter, ist juristischer Besitzer.

Nach dieser Regel müßte auch der Pfandgläubiger Detentor, der Verpfänder aber Besitzer sein. Hier hat das Recht jedoch eine entgegengesetzte Entscheidung getroffen: der Gläubiger, der das fremde Eigentum anerkennt, also keinen animus domini hat, hat die possessio, den geschützten Besitz⁴⁾.

Diese Fälle, die sich mit dem gerade entwickelten Begriff des Besitzes als corpus plus animus domini nicht vereinbaren lassen und zu denen neben dem Faustpfandrech⁵⁾ auch Precarium⁵⁾ und Sequestration⁶⁾ gehören, hat v.Savigny⁷⁾ unter dem Begriff

1) v.Savigny, § 9, S. 109 f.

2) v.Savigny, § 9, S. 110

3) v.Savigny, § 9, S. 119

4) vgl. L. 1 § 15 de poss. 41.2, L. 36 eod. L. 35 § 1, L. 37 de pign. act. 13.7.

5) L. 4 § 1 de precario 43.26. L. 2 § 3, L. 6 § 2 eod. L. 10 § 1 de poss. 41.2.

6) L. 17 § 1 depositi 16.3.

7) § 9, S. 119, 120

"abgeleiteter Besitz" zusammengefaßt und folgendermaßen erklärt: "Der Besitz wird als Recht betrachtet und ist insofern einer Veräußerung fähig. Deswegen kann der eigentliche ursprüngliche Besitzer das Recht des Besitzes auf den übertragen, welcher für ihn das Eigentum ausübt, also nach den bisherigen Begriffen nicht als Besitzer zu betrachten wäre. Es gibt also außer dem ursprünglichen Besitz, welcher auf Detentio und animus domini beruht, noch einen abgeleiteten, welcher sich auf den ursprünglichen Besitz einer anderen Person gründet. Aller Unterschied dieses abgeleiteten Besitzes von dem ursprünglichen Besitz liegt in dem animus possidendi. Der animus possidendi nämlich, welcher bei dem ursprünglichen Besitz als animus domini gedacht werden mußte, geht bei dem abgeleiteten auf das von dem bisherigen Besitzer übertragene jus possessionis. So hat z.B. der Creditor den juristischen Besitz des Pfandes, obgleich er kein Eigentum ausüben will; denn der Schuldner, der den vollen Besitz der Sache hatte, hat ihm mit der Detention zugleich das jus possessionis übertragen".

Die Fälle des abgeleiteten Besitz zeigen, daß v.Savigny's Definition des Besitzes als Beherrschung einer Sache mit dem Willen eines Eigentümers zu eng ist. Um alle Verhältnisse, in denen Besitz existiert, erklären zu können, ist er gezwungen, den Willen, die Sache als eigene zu besitzen, zu erweitern durch den Willen, die Sache entsprechend der Berechtigung zum Besitz zu haben. Damit wird aber der Ausgangsbegriff des Besitzes als corpus und animus durch das objektive Merkmal der Besitzberechtigung aufgeweicht. Zwar sieht v.Savigny den Grund des Besitzes nicht in der Besitzberechtigung, sondern in konsequenter Durchführung seiner subjektiven Theorie in dem Willen, den Besitz entsprechend dieser Berechtigung auszuüben.

Es wird jedoch deutlich, daß Besitz nicht nur existiert, weil tatsächliche Gewalt und ein Eigentümerwille zusammentreffen. Besitzverhältnisse entstehen auch, weil zwischen zwei Personen eine rechtliche Verbindung besteht, kraft derer die Berechtigung übertragen wurde.

Das Jus possessionis soll aber nicht jedem Fall mit der Detention übertragbar sein. Im Gegensatz zu Thibaut¹⁾, der in konsequenter Anwendung des Satzes von der Übertragbarkeit der juristischen possessio auch bei entsprechendem Willen der Beteiligten die Übertragung des Jus possessionis, also des juristischen Besitzes, auf den Mieter oder Pächter für möglich hält, will v.Savigny²⁾ den abgeleiteten Besitz nicht in jedem Fall gelten lassen. Da der abgeleitete Besitz eine Abweichung von dem ursprünglichen darstellte, sei die Übertragung des Jus possessionis nicht in das Belieben der Parteien gestellt, sondern beschränkt auf die Fälle, in denen der abgeleitete Besitz ausdrücklich anerkannt sei. So könne das Jus possessionis bei vielen Innehabungsverhältnissen - z.B. Miete und Pacht - nie³⁾, bei anderen - wie der Erbpacht und dem Faustpfand - stets⁴⁾, bei noch anderen - z.B. Depositum, Sequestration und Precarium - nur zuweilen übertragen werden⁵⁾.

Der Begriff des Besitzes wird von Savigny also definiert als Detention mit animus possidendi. Dabei bezeichnet der Ausdruck animus possidendi einmal den animus domini - beim ursprünglichen Besitz -, zum anderen die Absicht, das Jus possessionis zu haben, das bisher einem anderen zukam - beim abgeleiteten Besitz. Erworben wird der Besitz erst dann, wenn zu dem äußeren Verhältnis zur Sache, aus dem man auf Besitz schließen könnte, "ein bestimmtes Wollen (animus) hinzukommt". "... dieses Wollen (sc. besteht) ursprünglich darin, daß der Besitzer die Sache als eine eigene Sache handle (animus domini)"⁶⁾. Daraus ergibt sich: der Gegensatz von Besitz und Detention ist zurückzuführen auf einen subjektiven Faktor, auf die Willensrichtung beim Detentor. Auf der Verschiedenheit der Willensrichtung beruht der Unter-

1) Pandekten, § 295; AcP 18, 315

2) § 9, S. 120 f.

3) § 23, S. 283 ff.

4) § 24, S. 293

5) § 25, S. 301 f.

6) § 20, S. 245

schied zwischen Besitz und Detention. Je nach Art und Beschaffenheit des Willens ist das "Besitzverhältnis" entweder juristischer Besitz oder bloße Detention. Diese Besitzlehre v.Savigny's entwickelte sich im gemeinen Recht zur herrschenden¹⁾. Das Besitzverhältnis wurde gesehen als eine Kombination von äußerer Tatsache (corpus) und innerem Wollen (animus domini).

Auch Windscheid²⁾ muß zu dieser Gruppe gezählt werden. Für juristischen Besitz verlangt auch er einen Aneignungswillen; ohne diesen Willen entstehe nur natürlicher Besitz oder Detention. Neben der tatsächlichen Gewalt über die Sache gehöre als zweites Element zum juristischen Besitz der Wille, die Sache für sich zu haben. Diese Abhängigkeit des Besitzes vom Willen führt dann dazu, daß in den Fällen, in denen ein Detentor die tatsächliche Gewalt für den Besitzer ausübt, der juristische Besitz dadurch verloren wird, daß der Detentor den Entschluß faßt, die Sache nicht mehr für den Vertretenen, sondern für sich oder für einen Dritten haben zu wollen. Allerdings folgt Windscheid³⁾ nicht v.Savigny's⁴⁾ Erklärung des abgeleiteten Besitzes. Er bezeichnet diese Fälle als anormal, da ein juristischer Besitz anerkannt wird, ohne daß ein Wille, die Sache wie eine eigene zu haben, existiert. Obwohl das Erfordernis des animus domini nicht vorhanden sei, werde es als vorhanden angenommen. Diese Anomalie beruhe darauf, daß ein Besitzesvorteil kraft positiver Rechtsbestimmung gewährt werde. Diese Ausführungen Windscheids zeigen noch einmal deutlich die Schwierigkeiten der Willenstheorie, den Besitz einheitlich als vom animus domini getragenes Machtverhältnis zu definieren. Windscheid zieht daraus die Konsequenz und stellt neben den ursprünglichen Besitz, beruhend

1) Arndts, § 135; Brinz, §§ 135, 139; Bruns, Carl Georg, § 1 u. 55; Hirsch, S. 683 ff.; Karlowa, S. 332 f. insbes. N. 1; Keller, §§ 115, 118; Mandry, AcP 63, 1 ff.; Oertmann, S. 202; Puchta, § 104; Riccobono, AcP 80, 124 ff.; Windscheid, §§ 148, 149, 157

2) §§ 148, 149

3) § 149, Anm. 7

4) s. oben S. 47

auf corpus und animus domini, die Ausnahmen, in denen Besitz kraft positiven Rechts besteht.

Für die Regel vertritt aber auch er die herrschende¹⁾ Besitztheorie dieser Zeit, die ganz auf einem psychologischen Faktor, dem Willen der einzelnen Person, beruhte²⁾.

Eine extreme, noch über v.Savigny's Erläuterung hinausgehende Stellung weist Lenz³⁾ dem Willen im Besitz zu. Lenz sieht in dem Willen den alleinigen Grund des Besitzes, weil der Besitzerwerb sich nur durch den Willen vollziehen kann. Das Corpus ist daneben kein selbständiges Element, sondern ein Moment des Besitzwillens selbst, die Macht und Möglichkeit seiner Verwirklichung. Wenn Lenz auch den Grund des Besitzes nur in dem Willen sehen will, so muß er doch auf das Merkmal des Corpus zurückgreifen, da Besitz nur der realisierte Wille sein kann, der Wille in seiner tatsächlichen Verkörperung. Ein Wille, der sich nicht auf ein bestimmtes Objekt richtet oder dem dies nicht bewußt ist oder der sich nicht verwirklichen läßt, kann auch nach der Ansicht von Lenz keinen Besitz hervorrufen.

1) s. oben S.49, N. 1

2) Heute existiert die Unterscheidung des gemeinen deutschen Rechts zwischen juristischem Besitz und Detention je nach Willenslage des Inhabers noch in der Besitzlehre des französischen Rechts. Nach französischem Verständnis gehören zu den Voraussetzungen des Besitzes die tatsächliche Gewalt (das corpus des gemeinen Rechts) und zusätzlich zu dieser objektiven Seite als innere der animus rem sibi habendi. Besitzer ist nur der Eigenbesitzer, der die Sache "à titre de propriétaire" (Code Art. 2229), mit animus domini, nicht der Fremdbesitzer, der die Sache "pour autrui" (Code Art. 2236) innehat. Dem Besitzer steht also der bloße Inhaber (détenteur) gegenüber, der von der Ersitzung und den Besitzschutzklagen ausgeschlossen ist. So übt z.B. wie im gemeinen Recht der Vermieter die tatsächliche Gewalt durch den Mieter aus. Er ist Besitzer, während der Mieter, da er keinen animus domini hat, nicht besitzt, vgl. Ferid, § 65 A (S. 904 ff)

3) S. 99, 170

2. Die Objektivitätstheorie Rudolf v.Jherings

Ein erbitterter Gegner der Subjektivitätstheorie war Rudolf v.Jhering. In seiner 1869 veröffentlichten Schrift "Über den Grund des Besitzschutzes" kritisiert er die dogmatischen Grundlagen der Besitzlehre v.Savigny's. In seiner 1889 erschienenen Monographie "Der Besitzwille" und dem 1899 veröffentlichten Aufsatz "Der Besitz" stellt er dann der Willenstheorie v. Savigny's seine Objektivitätstheorie entgegen. Die Frage, ob bei Vorhandensein des äußeren Tatbestandes des Besitzverhältnisses Besitz oder Detention entstehe, entscheide sich nicht - wie die Subjektivitätstheorie v.Savigny's und der herrschenden Lehre meine - nach der Verschiedenheit des Willens des Inhabers. Die besondere Qualifikation des Besitzwillens sei für diese Frage ohne jede Bedeutung. Die Abhängigkeit des Besitzes vom Willen des Inhabers ist in Jherings Augen "das Ärgste, was die Jurisprudenz wohl jemals an gewaltsamer Entstellung des einfachen Sachverhaltes und ungesunder Sophistik geleistet hat, ich meinerseits wenigstens kenne kein zweites Beispiel, wo sie in dem Maße aller Tatsächlichkeit ins Gesicht geschlagen hat"¹⁾. Der Grundsatz der Theorie Jherings ist, daß Wissen und Wollen eines Einzelnen indifferent sind. Die Entscheidung, ob Besitz oder Detention vorliegt, steht der objektiven Rechtsregel zu. Daher bejaht er bei Vorliegen von Corpus und animus stets Besitz, soweit nicht eine gesetzliche Bestimmung nachweisbar ist, welche dieses Verhältnis ausnahmsweise als Detention erklärt²⁾.

Damit kehrt Jhering die Vermutung der Willenstheorie um, daß bei Vorliegen des äußeren Tatbestandes nur Detention, Besitz erst durch Hinzukommen des animus domini entsteht.

Die subjektive Theorie hält er aus mehreren Gründen für unrichtig. Eine konsequente Anwendung müßte dazu führen, daß in Verhältnissen, in denen das römische Recht Detention ein-

1) Besitzwille, S. 309

2) Besitzwille, S. 8

treten läßt, wie z.B. bei Pacht, Miete, Commodat usw., der Inhaber durch Annahme des animus domini seine Detention zum Besitz erheben und umgekehrt in Verhältnissen, mit denen Besitz verbunden ist, durch Änderung seines Willens den Besitz zur Detention herabstufen könnte¹⁾. Dieses Ergebnis sei absurd, da das freie Selbstbestimmungsrecht des Inhabers in Bezug auf das Besitzverhältnis zu einer Anarchie im Recht führe. "Die äußerste Konsequenz würde darin bestehen, daß die Art des Besitzverhältnisses gänzlich der Willensbestimmung des Inhabers überlassen sei, daß er ... seinen Entschluß beliebig ändern, heute detinieren, morgen besitzen, dann wieder detinieren könne, und so weiter fort, - das Besitzverhältnis ein reiner Spielball der Laune der Parteien, an Stelle der objektiven Rechtsregel der individuelle Wille der Partei, an Stelle der Rechtssicherheit die Rechtsunsicherheit, an Stelle der Ordnung die Anarchie"²⁾. Die Anarchie als Rechtsprinzip kann aber, so meint Jhering³⁾, vom Gesetzgeber nicht gewollt sein, die von ihm getroffenen Regelungen bezüglich des Besitzes, z.B. daß in den Fällen des abgeleiteten Besitzes nicht Detention sondern Besitz entsteht, daß beim Tode des Besitzers die Usucapion fort dauert, obwohl der Besitz begrifflich weggefallen sei usw. wären ansonsten sinnlos. Die klaren Anweisungen des Gesetzgebers über Besitz und Detention widersprechen daher nach Jherings Ansicht der Umwandlung von Besitz in Detention und von Detention in Besitz auf Grund eines veränderten Besitzwillens, wie sie nach der subjektiven Theorie möglich ist. Die Willenstheorie erfüllt darüber hinaus auch nicht die Anforderungen, "welche durch den Zweck der Anwendung des Rechts auf den einzelnen Fall geboten sind, der leichten, bequemen, sicheren Anwendbarkeit, der Praktikabilität"⁴⁾. Jhering bringt folgendes Beispiel⁵⁾: Ein Richter soll unter Zugrundelegung der Subjektivitätstheorie in folgendem Sachverhalt entscheiden, ob Besitz oder Detention anzunehmen ist: zwei Bauern bestellen ihre Felder;

1) Besitzwille, S. 13

2) aaO. S. 14, 229

3) aaO. S. 197 ff.

4) Besitzwille, S. 144

5) aaO. S. 162 ff.

der eine soll es mit der Absicht tun, den eigenen Besitz, der andere mit der Absicht, als Pächter einen fremden Besitz auszuüben. Der Richter kann ihnen diese verschiedene Absicht nicht ansehen. Er fragt sie deshalb, ob sie den *animus domini* oder *alieno nomine detinendi*, d.h. die Absicht haben, die tatsächliche Herrschaft über die Sache für sich oder für einen anderen auszuüben. Die Bauern werden ihn nicht verstehen. Der Richter muß ihnen also weiter erklären, daß sie die Sache wie ein Eigentümer besitzen können, das Besitzverhältnis wäre dann rechtlich geschützt; haben sie diese Absicht nicht, so haben sie eine rechtlich schutzlose Detention. Auch der Pächter wird dann sagen: wenn es auf meine Absicht ankommt, entscheide ich mich selbstverständlich für den Besitzschutz. Der Richter wird also zu dem Schluß kommen, daß beide Besitzer sind. War ihm vorher bekannt, daß einer Pächter und daher Detentor ist, so muß er sagen: mit dem Besitzwillen als Unterscheidungskriterium kann ich keine Entscheidung treffen, wer von beiden der Pächter ist. Um zu erfahren, ob jemand besitzt oder detiniert, muß ich ihn nach der *causa* seines Besitzes fragen.

Die Subjektivitätstheorie mit ihrem Satz, daß im Besitzverhältnis Besitz anzunehmen ist, wenn der Wille des Besitzers darauf gerichtet ist, die Sache wie ein Eigentümer zu besitzen, andernfalls bloß Detention, ist also nach Ansicht Jherings zur Entscheidung eines Prozesses nicht geeignet.

Wenn der Gegensatz von Besitz und Detention dogmatisch seinen Grund in der Verschiedenheit des Besitzwillens hat, so ist damit für Jhering in geschichtlicher Beziehung ausgesagt, daß er darin seinen Ursprung gehabt hat. Er formuliert es folgendermaßen: "Die Römer haben den Gegensatz zwischen Besitz und Detention der Anschauung von der Zweispältigkeit des Besitzwillens entnommen, sie haben erkannt, daß dieser begriffliche Gegensatz logisch den von Besitz und Detention postuliert, es ist die zwingende Kraft des Begriffes gewesen, der sie sich gefügt haben, kurz gesagt:

der Begriffszwang hat in Rom praktisch die Spaltung von Besitz und Detention ins Leben gerufen"¹⁾.

Diese Konsequenz der Subjektivitätstheorie, so meint Jhering, stimmt mit der Wirklichkeit nicht überein. Zur Erkenntnis des Gegensatzes von Besitz und Detention sind die Römer nicht auf dem Wege über den Besitzwillen gelangt. Nicht die Zwiespältigkeit des Besitzwillens führte sie dazu, neben dem Besitz die Detention einzuführen; es seien praktische Erwägungen gewesen, die sie dabei geleitet hätten. Das Motiv war die Berücksichtigung der im Einzelfall vorhandenen Interessen, z.B. Rücksicht auf die Rechtsstellung des Besitzherrn. Gab er vorübergehend die Sache an einen anderen - z.B. auf Grund eines Miet- oder Pachtvertrages - so wäre bei einem Übergang des Besitzes die Usucapion (=Ersitzung) unterbrochen worden. Da die Sache aber nur vorübergehend einem anderen Inhaber zustehen sollte, mußte die Ersitzung dem Besitzer verbleiben. Der Empfänger konnte nur die Detention bekommen. Mit dem Besitz behielt die Ersitzungsmöglichkeit der Vermieter bzw. Verpächter. Ferner hatte der Besitzherr ein Interesse an der unveränderten Fortdauer seiner Rechtsstellung, d.h. der Befugnis zur Behauptung seines Besitzes durch Eigenmacht und die possessorischen Rechtsmittel. Es war also das erhebliche Interesse des Besitzherrn an der Beibehaltung seines Besitzes, das die tatsächlichen Inhaber zu bloßen Detentoren machte. War jedoch dieses Interesse gegenüber dem des Inhabers, statt der Detention vollen juristischen Besitz zu erhalten, nicht stark genug, so ging der Besitz auf den Inhaber über. Als Beispiel führt Jhering²⁾ das Pfandrecht an. Wäre der Pfandgläubiger nur Detentor gewesen, so hätte ihm der Verpfänder die Sache beliebig entziehen können. Der Pfandgläubiger wäre zwar petitorisch, aber nicht possessorisch geschützt gewesen. Mit dem Zweck des Pfandrechts, den Gläubiger zu sichern, wäre das nicht zu vereinbaren. Dieser Zweck forderte den Besitz des Pfandgläubigers.

1) Besitzwille, S. 89

2) vgl. Besitzwille, S. 93 u. 364 ff.

Schließlich weist Jhering¹⁾ der Willenstheorie logische Unrichtigkeit nach.

Wenn v.Savigny²⁾ die Detention als den faktischen Zustand bezeichnet, der dem Eigentum als rechtlichem entspricht, der animus possidendi als die Absicht, das Eigentum auszuüben, auf eigenes Eigentum gerichtet sein muß, um Besitz entstehen zu lassen, dann wird dadurch nach Ansicht Jherings das Verhältnis von Besitz und Eigentum auf den Kopf gestellt. Der Besitz sei das Frühere, das Eigentum das Spätere; man könne sich den Besitz ohne das Eigentum denken, nicht aber das Eigentum ohne den Besitz. Der Begriff des Eigentums beinhalte den Besitz, nicht aber umgekehrt der Begriff des Besitzes das Eigentum. Dies zeige sich an folgendem: die Entstehungsarten des Eigentums (Usucaption, Tradition, Occupation) setzten Besitz voraus; bei der gerichtlichen Geltendmachung seien Voraussetzung die Abwesenheit des Besitzes und Zweck seine Wiedererlangung. Dagegen sei im Besitzprozeß die Bezugnahme auf das Eigentum ausgeschlossen. "Begriffliche Unabhängigkeit des Besitzes vom Eigentum, begriffliche Abhängigkeit des Eigentums vom Besitz - das ist das Resultat, das uns die Vergleichung beider ergeben hat. Wenn aber das Eigentum den Besitz zu seiner begrifflichen Voraussetzung hat, so heißt das: der Besitzbegriff ist das begriffliche Prius, der Eigentumsbegriff das begriffliche Posterius - logische Priorität des Besitzbegriffs vor dem Eigentumsbegriff"³⁾.

Aus dieser logischen Priorität folgert Jhering, daß zur Begriffsbestimmung des Besitzes nicht das Eigentum herangezogen werden kann, wie es die Subjektivitätslehre tut. Angesichts dieser Ergebnisse kann der Gegensatz zwischen Besitz und Detention für Jhering seinen Grund nicht in der Willensrichtung des Inhabers haben.

Jhering macht die objektive Rechtsregel für den Unterschied verantwortlich und bezeichnet deshalb seine Theorie als Ob-

1) Besitzwille, S. 324 ff.

2) § 9, S. 109 f.

3) Jhering, aaO., S. 326

jektivitätstheorie. Der Wille ist hier insofern noch von Bedeutung, als er vorhanden sein muß, um von einem Besitzverhältnis¹⁾ sprechen zu können im Gegensatz zum bloßen Raumverhältnis. Er bewirkt aber nicht die Spaltung in Besitz und Detention, im Gegenteil, er ist bei beiden Formen der Innehabung der Sache gleich. Es gibt nur eine Art des Besitzwillens. Corpus und animus bilden den äußeren Tatbestand des Besitzverhältnisses und sind beim Detentor und Besitzer in gleicher Weise vorhanden. Daß trotzdem in manchen Fällen Detention und kein Besitz eintritt, liegt daran, "daß das Recht in gewissen Verhältnissen dem an sich vollständig vorliegenden Tatbestand des Besitzes aus praktischen Gründen die Wirkung desselben entzogen hat"²⁾. Es entsteht daher nach Jherings Auffassung immer dann Besitz, wenn der äußere Tatbestand eines Besitzverhältnisses in Gestalt von animus und corpus vorhanden ist, $a + c = \text{Besitz}$. Nach der Subjektivitätstheorie erzeugten corpus und animus nur Detention. Erst durch eine den Besitz negierende Rechtsnorm (n) werde bloße Detention geschaffen, $a + c - n = \text{Detention}$, nicht aber deshalb, weil der Detentor einen anderen Willen habe. Das subjektive Wissen und Wollen des Inhabers soll völlig bedeutungslos sein, alles nur auf die objektive Rechtsregel ankommen. "Auch für den Besitz gilt die Regel plus est in re, quam in existimatione mentis, die objektive Rechtsregel bestimmt die Folgen, welche sich an den Rechtsakt knüpfen, unabhängig vom Meinen der Partei. Der Wille ist der Rechtsregel gegenüber, welche die Frage von Besitz und Detention ein für alle Mal fest geordnet hat, gänzlich machtlos, es entsteht Detention, auch wenn der Wille auf Besitz, und Besitz, auch wenn derselbe auf Detention gerichtet ist"³⁾. "Die hier angegebene Gestalt der Sache hat schon in einer Regel der altrömischen Jurisprudenz ihren Ausdruck gefunden,

1) Der Ausdruck "Besitzverhältnis" ist bei Jhering der Oberbegriff für juristischen, durch Interdikte geschützten Besitz und Detention. Besitzwille, S. 3

2) aaO, S. 53

3) Jhering, Besitzwille, S. 341

es ist die bekannte Regel: *Nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest*, d.h. der Wille ist der *causa possessionis* gegenüber machtlos"¹⁾. Zu dieser Regel der römischen Juristen sagt Jhering weiter: "Der Gedanke ..., daß nämlich nicht der subjektive Wille, sondern die Rechtsregel die Art des Besitzverhältnisses bestimme, ist in ihr in ebenso unzweideutiger wie prägnanter Weise zum Ausdruck gebracht worden. Der Gedanke lautet: Machtlosigkeit des subjektiven Willens gegenüber der objektiven Rechtsregel"²⁾.

Causa possessionis - das ist nach Jhering nicht nur der Rechtsgrund des Besitzes, sondern auch die rechtlich relevante Art seiner Entstehung, also neben der Entstehung durch Pachtvertrag, Pfandkontrakt usw. auch die unrechtmäßige Begründung des Besitzes. Mit anderen Worten: die *causa possessionis* bezeichnet die juristische Qualifikation des Besitzverhältnisses, also den Umstand, daß er Detention und nicht juristischer Besitz, daß er fehlerhafter und nicht berechtigter Besitz ist. Diese Umstände können vom bloßen Willen nicht beeinflußt werden, sondern nur durch eine neue Tatsache, z.B. ein Rechtsgeschäft oder eine Unterschlagung, "Der Entstehungsgrund bestimmt den Charakter des Besitzverhältnisses; unter *causa possessionis* ist daher auch die juristische Qualifikation des Besitzverhältnisses selber zu verstehen. In diesem Sinne bedeutet die Regel: niemand kann durch Willensänderung ein bestehendes Besitzverhältnis umgestalten"³⁾.

Als Ergebnis der Jheringschen Ausführungen ist festzuhalten: Besitz ist immer dort anzunehmen, wo der äußere Tatbestand des Besitzverhältnisses in Form von *animus* und *corpus* gegeben ist. Ausnahmsweise kann mit diesem Besitzverhältnis Detention verbunden sein, wenn ein besonderer Rechtssatz es anordnet. Die den Besitz negierenden und damit Detention hervorruhenden

1) aaO., S. 342

2) aaO., S. 357 f.

3) aaO., S. 359 f.

Rechtssätze entstanden aus einer Abwägung der Interessen der beteiligten Personen. Die Entscheidung, ob Besitz oder Detention vorliegt, wird vom objektiven Recht getroffen. Es kommt nicht auf einen Willen des Inhabers an. Ordnet das objektive Recht Besitz bzw. Detention an, so ist ein entgegenstehender Wille völlig bedeutungslos. Die Objektivitätstheorie beinhaltet als obersten Grundsatz, daß Wissen und Wollen des einzelnen gänzlich machtlos sind, daß durch das objektive Recht geregelt wird, wann Besitz, wann Detention vorliegt. Der wirkliche Grund des Dualismus Besitz - Detention liegt in der gesetzlichen Bestimmung, die je nach Verschiedenheit des Verhältnisses (= causa possessionis) bald Besitz, bald Detention eintreten läßt, nicht aber in der Willensrichtung des Inhabers.

Der Lehre Jherings schloß sich Baron¹⁾ an. Er begrüßte es, daß die Objektivitätstheorie von der trostlosen Sachlage befreie, den Besitzwillen zum maßgebenden Unterschied zwischen Besitz und Detention machen zu müssen. Insbesondere die Unbeweisbarkeit des animus domini und die Unerklärlichkeit des abgeleiteten Besitzes sprechen seiner Ansicht nach gegen den Savignyschen Besitzbegriff und für Jherings Theorie. Wie von Jhering dargelegt, sei daher juristischer Besitz jedes gewollte Raumverhältnis, es sei denn, daß ein gesetzlich vorgesehener, auf praktischen Erwägungen beruhender, d.h. von Interessen des Einzelfalles ausgehender Ausnahmefall vorliege.

Auch Dernburg²⁾ hält die Auffassung der h.M., welche den juristischen Besitz grundsätzlich mit Eigenbesitz identifiziert, für falsch. Zwar verlangt Dernburg für juristischen Besitz die Absicht, für sich zu besitzen; er steht damit im Widerspruch zu Jhering³⁾, dem jedes willentliche Haben genügt. Doch sehen Dernburg⁴⁾ und auch Pflüger⁵⁾ den Grund für die Unterscheidung Besitz - Detention ebenso wie Jhering nicht in dem animus domini, sondern in der causa, dem Grund

1) JherJb 29, 192 (203); 30, 197 (218)

2) Pandekten §§ 172, 179; Entwicklung, S. 65, 68 f.

3) s. oben S. 51

4) vgl. Note 2)

5) S. 300 ff.

des Besitzererwerbs. Aus sozialen und praktischen, nicht aus begrifflichen Gründen sei bei bestimmten Herrschaftsverhältnissen, mit denen nach natürlicher Auffassung Besitz verbunden sei, der Interdiktschutz, also der juristische Besitz, versagt worden. Obwohl auch beim Mieter und Pächter der Wille vorhanden war, in eigenem Interesse und für sich zu besitzen, wurde ihnen der Besitz abgesprochen, weil sie durchschnittlich den ärmeren Klassen angehörten, weil die Vermieter nur dann Ordnung halten zu können vermeinten, wenn Mieter und Pächter in absoluter Abhängigkeit blieben, weil das römische Recht durch die Interessen der reicheren Klassen vorzugsweise bestimmt war¹⁾.

Dagegen gehen die Ansichten von Bekker²⁾ und Goldschmidt³⁾ über die Theorie Jherings hinaus. Bekker⁴⁾ verneint nicht nur wie Jhering einen animus domini als Erfordernis für den Erwerb des Besitzes, sondern will auch einen Besitzerwerb zulassen durch Erwerb der tatsächlichen Gewalt ohne eigenes Zutun, während nach Jhering⁵⁾ Besitz nur erworben werden konnte durch eine Betätigung des Willens. Die Regel soll zwar auch bei Bekker nach wie vor der Erwerb durch Handlungen des Erwerbers sein, nach Jherings Diktion also corpus und animus zusammentreffen. Doch reicht das nach der Meinung von Bekker nicht aus; Besitz müsse auch dadurch erlangt werden können, daß man eine Sache ohne Wissen und Wollen in Gewahrsam bekomme. Bekker drängt also den Willen gänzlich zurück. Der Wille ist für die Frage, ob Besitz vorliegt, ohne jede Bedeutung.

Auch Goldschmidt⁶⁾ ist wie Jhering der objektiven Auffassung, daß die Quelle des Besitzes nicht in dem subjektiven Bewußtsein und Willen des Einzelnen liegt. Er beruhe aber auch ebensowenig auf "juristischer Reflexion und positivrechtlicher Normierung", wie Jhering die Fälle des "abgeleiteten Besitzes"

1) Dernburg, Entwicklung, S. 68 f.

2) JherJb 30, 311 f.; 34, 28 f., 39

3) S. 65

4) s. Note 2

5) s. oben S. 56

6) s. Note 3

erklärt habe, in denen statt Besitz nur Detention entstanden sei. Besitz ist Goldschmidt zufolge ein Machtverhältnis, welches dem Gemeinbewußtsein als tatsächliche Herrschaft erscheint, also abhängig von dem objektiven Faktor der Verkehrsanschauung.

Zu den Gegnern der v.Savigny'schen Theorie vom animus domini zählt schließlich auch Stintzing¹⁾, wobei seine Ansicht gegenüber der von Jhering vertretenen Auffassung einige Besonderheiten aufweist. Während Jhering²⁾ als Besitz die willentliche Beherrschung einer Sache durch eine Person bezeichnet, kommt es nach der Ansicht von Stintzing³⁾ auf die Stellung des Besitzers zu den Mitmenschen bezüglich der Sache an. Besitz ist nicht die positive Macht über eine Sache, sondern besteht in einer Negative, in einer Ausschlußmacht den Mitmenschen gegenüber⁴⁾. Besitzer ist derjenige, "ohne dessen Willen eine eigenmächtige Behandlung der Sache mit einem Angriff auf seine Person oder auf den Besitz an seinen Sachen verbunden sein muß⁵⁾". Gibt er diese Macht auf, indem er sie auf einen anderen überträgt, so z.B. beim Faustpfand, dann geht der Besitz über. Verzichtet er dagegen vertragsmäßig nur auf die Geltendmachung gegenüber einer bestimmten Person, z.B. gegenüber dem Mieter und Pächter, dann bleibt sein Besitz erhalten⁶⁾.

Stintzing kann also in eine Reihe mit den Objektivisten gestellt werden, da er Besitz ebenfalls objektiv, nämlich als Ausschlußmacht gegenüber der Umwelt definiert,

Jherings Auffassung stieß aber auch auf völlige Ablehnung. So erklärt Kuntze⁷⁾ in einer Untersuchung der Jhering'schen Besitzlehre, daß der Unterschied zwischen Eigen- und Vertretungsbesitz - also zwischen juristischem Besitz und Detention - entgegen Jherings Ansicht psychologisch begründet sei,

1) Wesen, S. 13

2) s. oben S. 56

3) Wesen, S. 8

4) Stintzing, Wesen, S. 13, 15, 17, 122; Recht, S. 4

5) Wesen, S. 15

6) Wesen, S. 126 ff., 122

7) S. 15 ff., 121

seinen Ursprung in der Verschiedenheit der Willensstellung der Person zur Substanz der Sache habe. Während der Besitzer die Sache im eigenen Namen besitze, besitze sie der Inhaber im fremden Namen.

Auch Hirsch¹⁾, Karlowa²⁾, Oertmann³⁾, Randa⁴⁾ und Riccobono⁵⁾ sprachen sich gegen Jherings Objektivitätstheorie aus und betrachteten den Besitz als abhängig von einem Besitzwillen im Sinn der v.Savigny'schen Lehre.

Die Diskussion um die Erklärung des Unterschiedes zwischen Besitz und Detention verebbte jedoch sehr schnell. Denn als Jherings Werk "Der Besitzwille" erschien, war bereits der erste Entwurf eines Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches veröffentlicht. Auf ihn konzentrierte sich naturgemäß das allgemeine Interesse. Fast die gesamte Rechtswissenschaft wandte sich sofort nach der Veröffentlichung des Entwurfs gesetzespolitischen Fragen zu⁶⁾.

II. Die Vorarbeiten zum BGB und die sich auf den mittelbaren Besitz beziehenden Normen des BGB

Keine Kodifikation entsteht in sterilem Raum. Der Einfluß von geltenden Regeln, geschichtlichen Entwicklungen und Kontroversen in der Wissenschaft auf die Redaktoren eines Gesetzes läßt sich nicht leugnen. Er spiegelt sich wieder sowohl in den Beratungen zu einem Gesetz als auch, wenn auch erheblich schwächer, in dem Gesetz selbst. Dies soll im folgenden aufgezeigt werden.

1. Die Entwürfe des BGB

a) Der Teilentwurf Johow's und der Entwurf erster Lesung

Der Entwurf erster Lesung (E I) unterschied zwischen Besitz

1) S. 683 ff.

2) S. 332 ff insbes. N. 1

3) S. 202

4) S. 15 ff., 50 ff.

5) AcP 80, 124 ff.

6) vgl. Schubert, S. 88

und Innehabung. Inhaber war die Person, die die tatsächliche Gewalt über die Sache hatte. Um als Besitzer angesehen zu werden, mußte noch ein weiteres hinzukommen; die tatsächliche Gewalt war nur ein Tatbestandsmoment des Besitzes. In § 797 E I wurde der Besitzerwerb an die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache geknüpft in Verbindung mit dem Willen des Inhabers, die Sache als die seinige zu haben. Der Wille des Inhabers mußte darauf gehen, eine dem Eigentum entsprechende Stellung zur Sache einzunehmen. Erst dann konnte seine Beziehung zur Sache als Besitz gelten. Der Unterschied zwischen Besitz und Innehabung lag also in der Willensrichtung der Person, die die Sache in ihrer Gewalt hatte. Unter Besitz war somit nur der Eigenbesitz zu verstehen¹⁾. Zwar wurde im Hinblick auf die Schutzbedürftigkeit des Inhabers die Möglichkeit in Erwägung gezogen, einen Besitz ohne animus domini zuzulassen und daneben den Besitz mit animus domini zu einem qualifizierten Besitz zu machen²⁾. Doch führten die Bedenken, daß eine solche Definition des Besitzes, bei dem der animus domini fehlt, nicht mit der üblichen Ausdrucksweise übereinstimmt, zu der im E I manifestierten Regelung.

Diese Trennung von Eigenbesitz und Innehabung entsprach dem gemeinen römischen Recht, § 797 E I war Ausdruck der Lehre v. Savigny's. So wie der Gegensatz von Detention und Besitz im gemeinen Recht v. Savigny's Ansicht zufolge seine Ursache in dem verschiedenen Willen haben sollte, so war auch die Trennung im 1. Entwurf von Verkehrsbesitz (= Innehabung) und juristischem Besitz eine Folge dieses Willens³⁾. Nach dem 1. Entwurf waren daher Mieter, Pächter, und im Gegensatz zum gemeinen Recht auch Pfandgläubiger und Erbbauberechtigte nur Inhaber und nicht etwa Besitzer der ihnen vom Eigentümer überlassenen Sachen, da sie nicht den Willen hatten, diese Sachen als eigene zu haben⁴⁾. Diese Unterscheidung von Innehabung und Besitz war aber letztlich ohne Bedeutung, da nicht

1) Motive, S. 87; vgl. Schubert, S. 60

2) Motive, S. 87

3) vgl. Bruns, Viktor, S. 36; Dernburg, Sachenrecht, S. 10 II

4) vgl. Schubert, S. 60

nur dem Besitzer, sondern auch dem Inhaber der Besitzschutz gegeben war. Der Inhaber konnte sich gegen verbotene Eigenmacht mit Gewalt wehren (§ 815 I E I); dem auf frischer Tat betroffenen oder bei sofortiger Nacheile erreichten Täter konnte er die Sache mit Gewalt wieder abnehmen (§ 815 II E I). Wurde er im Besitz gestört oder ihm der Besitz entzogen, so konnte er Klage erheben (§§ 819, 828 E I). Auch daran zeigt sich das Festhalten an gemeinrechtlichen Begriffen: obwohl die Wirkung der Unterscheidung, nämlich Besitzschutz im Falle juristischen Besitzes, kein Besitzschutz bei bloßer Detention, beseitigt worden war, wurde am Gegensatz von Besitz und Detention (= Innehabung) festgehalten. Denn Besitzer konnte begrifflich nur der sein, der den Willen hatte, die Sache als eigene zu haben¹⁾.

Der dem E I vorausgegangene Teilentwurf (T E) des von der 1. Kommission mit dessen Ausarbeitung beauftragten Obertribunalsrates Johow²⁾ hatte dagegen das Erfordernis eines besonderen Eigenbesitzwillens für den Besitz im Sinn des Savignyschen *animus domini* nicht aufgestellt.

Nach § 48 I TE war, wer die Sache mit seinem Willen in tatsächlicher Gewalt hatte, Inhaber. Hatte der Inhaber den Willen, die tatsächliche Gewalt nur für einen anderen auszuüben, der andere aber den hiermit übereinstimmenden Willen, so war dieser andere Besitzer (§ 48 II TE). In allen übrigen Fällen war der Inhaber Besitzer (§ 48 III TE).

Ähnlich wie bei Jhering³⁾ war also die Regel die, daß jeder Inhaber auch Besitzer war. Es bedurfte keiner besonderen Qualifikation der Innehabung, um zu Besitz zu werden. Erst auf Grund eines zusätzlichen Merkmals, nämlich des Willens des Inhabers, die tatsächliche Gewalt für einen anderen auszuüben und des hiermit übereinstimmenden Willens des anderen, sollte der Besitz einem anderen als dem Inhaber zustehen.

1) vgl. auch Jhering, *Besitzwille*, S. 500

2) vgl. zur Entstehung des Teilentwurfs Schubert, S. 25 ff.

3) s. oben S.56

Der Wille verhindert die Identifizierung der Innehabung mit Besitz. Insoweit besteht jedoch keine Übereinstimmung mit Jherings objektiver Theorie, die das den Besitz negierende Merkmal nicht in dem Willen, sondern in der Rechtsordnung sah.

Die 1. Kommission wollte auf den Eigenbesitzwillen nicht verzichten. Sie lehnte den § 48 TE ab und nahm einen dem § 797 E I entsprechenden Antrag an¹⁾.

Der Einfluß der v.Savigny'schen Besitztheorie auf den ersten Entwurf tritt außer in § 797 E I auch in anderen Normen zutage. Es sind insbesondere die §§ 804, 811, 813, 821 E I, die erkennen lassen, daß der E I auf der Trennung von Innehabung und Besitz beruht und Besitz einen besonders qualifizierten Willen erfordert.

So muß bei einer Übertragung des Besitzes der neue Besitzer seinen Besitzwillen erklären, § 804 E I.

§ 808 E I regelt eine besondere Form des Besitzverlustes, die Aufschluß über die Willensgrundlage gibt. Außer durch eine Aufhebung der tatsächlichen Gewalt (§ 810 E I) kann der Besitz auch durch eine Willenserklärung des Besitzers beendet werden. Diese Willenskundgebung kann sich in jeder beliebigen Form vollziehen. Es bedarf keiner Betätigung des Willens durch eine Handlung, da dies in aller Regel zu einer Beendigung des Besitzes durch Aufgabe des corpus, der tatsächlichen Gewalt, führt, diese Möglichkeit der Besitzbeendigung aber bereits von § 810 E I erfaßt wird²⁾. Das ist von unserem heutigen Standpunkt aus nur verständlich, wenn man sich vor Augen hält, daß der Besitz sich zusammensetzen sollte aus Innehabung und animus domini.

Diesem Besitzwillen ist es auch zuzuschreiben, daß dem Besitzer der Besitz erhalten bleibt, wenn ein anderer die tatsächliche Gewalt erlangt und sie für den Besitzer ausüben will (§ 811 E I). Der Inhaber will die Sache nicht als eigene, er erkennt den über ihm stehenden Besitzer an, "vermittelt" ihm, der zwar nicht mehr die tatsächliche Gewalt aber immer noch den Besitz-

1) vgl. Schubert, S. 61

2) Motive, S. 102

willen hat, den juristischen Besitz.

Ebenso wird der Besitz dadurch nicht beendet, daß der andere, der die tatsächliche Gewalt für den Besitzer ausübt, stirbt oder geschäftsunfähig wird (§ 813 I E I). Der Besitzwille des juristischen Besitzers wird davon nicht berührt, er erhält ihm den Besitz.

Beim Besitzbegriff des E I kommt also alles auf den Besitzwillen und wenig auf die tatsächliche Gewalt an. Hat eine Person die tatsächliche Gewalt über die Sache aber keinen animus domini, so hat sie keinen Besitz. Kann sie sich umgekehrt auf einen animus domini stützen und fehlt ihr nur die tatsächliche Gewalt, so ist trotzdem Besitz möglich, wenn die Sache, auf die sich ihr Besitzwille bezieht, ein anderer für sie inne hat.

Die Normen, die sich mit der Fallgestaltung befassen, daß ein anderer für den Besitzer die tatsächliche Gewalt ausübt, sind aber noch in anderer Hinsicht von Interesse. Erlangt jemand die tatsächliche Gewalt über die Sache mit dem Willen, sie für den Besitzer auszuüben, so bleibt diesem der Besitz erhalten (§ 811 E I). Erklärt der Inhaber allerdings gegenüber dem Besitzer - und unterstreicht die Erklärung durch eine entsprechende Handlung - daß er die tatsächliche Gewalt nicht mehr für den Besitzer, sondern für sich oder eine andere Person ausüben will, dann verliert der ursprüngliche Besitzer seinen Besitz (§ 813 II E I). Besitz ist also, wenn er auf der tatsächlichen Gewalt eines anderen basiert, auch von dessen Willen abhängig.

Solange dieser Wille mit dem des Besitzers in Einklang steht, hat den Besitz der letztere. Stimmen der Wille des Inhabers und der des Besitzers nicht mehr überein, so hat der Wille, dem die tatsächliche Gewalt zur Seite steht, das Übergewicht; der ehemalige Besitz erlischt. Ebenso ist die Übertragung des Besitzes vom Willen des Inhabers abhängig. Er kann durch seinen Widerspruch den Übergang des Besitzes vom Besitzer auf einen Dritten verhindern (§ 804 E I).

Zusammenfassend läßt sich zum ersten Entwurf eines BGB sagen: der Besitz wird bestimmt durch das subjektive Tatbestandsmerkmal des Willens. Ohne ihn entsteht kein Besitz; er ist

in der Lage, den Besitz auch dann zu erhalten, wenn die tatsächliche Gewalt auf eine andere Person übertragen ist; er kann den Besitz durch eine entsprechende Erklärung beenden; er ist das Kriterium zur Unterscheidung des Besitzes von der Innehabung. Der erste Entwurf beruhte also ganz auf einer subjektiven Auffassung vom Besitz, wie sie auch v.Savigny zu eigen war. Die Mitglieder der 1. Kommission hatten sich von der auf v.Savigny zurückgehenden Besitzrechtsdogmatik noch nicht befreien können¹⁾.

b) Gegenentwurf Bähr's

Einen Versuch, das Besitzrecht zeitgemäßer und natürlicher zu gestalten, unternahm Bähr²⁾ mit seinem Gegenentwurf,

Der Forderung der Kritiker³⁾ des E I entsprechend, vermied er die scharfe Trennung von Besitz und Innehabung. Besitzer ist, wer die tatsächliche Gewalt über eine Sache hat in Ausübung eines eigenen Rechtes an der Sache (§ 1). Damit verzichtet Bähr auf die Identifizierung des Besitzes mit dem Eigenbesitz. Besitz soll sich auf das objektive Merkmal der tatsächlichen Gewalt über die Sache gründen.

Bähr ist es jedoch nicht gelungen, sich vollständig von der auf Savigny zurückgehenden Besitztheorie des E I freizumachen. Denn er bezeichnet als das Charakteristische des Besitzes, daß jemand ein eigenes Recht an der Sache ausüben will und kraft dessen die Sache beherrscht. Dieses Recht kann entweder das Eigentum sein (Eigenbesitz) oder aber ein anderes Recht, das die Ausübung der vollen Gewalt über die Sache ermöglicht (Nutzbesitz), § 6 Gegenentwurf. Soweit der Wille auf die Ausübung des Eigentums als eines eigenen Rechtes gerichtet ist, ist dies der alte animus domini Savigny's. Soweit der Wille auf die Realisierung eines anderen Rechtes zielt, das die Möglichkeit der Beherrschung der Sache gewährt, wird der Besitzbegriff der herrschenden gemeinrechtlichen Doktrin⁴⁾ erweitert. Besitz ist nach Bähr tatsächliche

1) Schubert, S. 72 f.

2) S. 117 ff.

3) Jhering, Besitzwille, S. 492 f.; 519 Anm. 1;
Wendt, Besitz, S. 158 f.

4) s. oben S. 49, N. 1

Gewalt und Wille zur Ausübung eines eigenen Rechtes. Dies entspricht den Elementen des Savignyschen Besitzes corpus und animus, wobei der Wille sowohl ein animus domini als auch im Gegensatz zu Savigny und dem E I ein reiner animus possidendi sein kann.

c) Der Entwurf zweiter Lesung

Durch die Beschlüsse der zweiten Kommission hat die Besitzlehre eine andere, gegenüber der gemeinrechtlichen Dogmatik freiere Gestaltung erfahren. Schon im Ansatz zeigt sich ein erheblicher Unterschied: Während der erste Entwurf vom Begriff des Besitzes ausging und aus dieser abstrakten Grundregel die rechtlichen Konsequenzen ableitete¹⁾, nimmt der zweite Entwurf zum Ausgangspunkt den Besitzschutz²⁾. Der Besitz wird nur soweit geregelt, wie er für den Besitzschutz von Bedeutung ist³⁾.

"Diese Vorschriften über den Besitz beruhen auf dem Gedanken, daß der Besitzschutz dazu bestimmt ist, den Rechtsfrieden durch Aufrechterhaltung des äußeren Herrschaftsverhältnisses der Person zur Sache zu bewahren⁴⁾.

Jedes Verhältnis einer Person zu einer Sache, das possessorischen Schutz verdient, ist Besitz. An die Stelle des § 797 E I tritt der § 777 E II: Besitz wird durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt erworben. Der Wille des § 797 E I, die Sache als eigene zu haben, bleibt unerwähnt. Damit wird jedoch der Wille nicht generell verneint; denn wie oben⁵⁾ bereits ausgeführt, ist die tatsächliche Gewalt kein bloß physikalischer Zustand, sondern eine Verkörperung des Willens. § 777 E II verzichtet lediglich auf die Charakterisierung des Willens als eines Eigenbesitzwillens, eines animus domini im Sinn der Savignyschen Besitzlehre oder eines auf die Ausübung eines eigenen Rechtes gerichteten Willens im Sinne Bährs.

1) Motive, S. 78

2) Sokolowski, S. 237

3) Prot. II Bd 3, S. 28

4) Denkschrift, S. 109

5) S. 42 f.

Diese Distanzierung vom juristischen Besitz, vom Gedanken-
gut Savigny's hat die Streichung der §§ 804, 808, 811, 813
und die Änderung des § 821 E I zur Folge¹⁾.

An die Stelle des § 804 E I tritt der § 792 E II, der
spätere § 870 BGB. Während in § 804 E I noch der Dritte,
der Besitzerwerber, seinen Besitzwillen erklären mußte,
und der Wille des Inhabers über die Rechtswirksamkeit der
Übertragung des Besitzes entschied - bei Widerspruch des
Inhabers wurde der Besitz von dem Dritten nicht erworben -,
änderte die Zweite Kommission die Vorschrift dahingehend,
daß die bloße Abtretung des Anspruchs des mittelbaren Be-
sitzers (des juristischen Besitzers im E I) gegen den un-
mittelbaren (den Inhaber des E I) auf Einräumung des Be-
sitzes zur Übertragung des mittelbaren Besitzes ausreichend
sei. Nicht verlangt wird eine Anzeige an den Besitzmittler
oder seine Zustimmung zur Übertragung. Sein Wille ist unbe-
deutend, kann nicht wie in § 804 E I durch Artikulierung
eines Widerspruchs den Besitzwechsel verhindern.
Zum § 808 E I wurde von der Zweiten Kommission²⁾ bemerkt:
"Der im § 808 ausgesprochene Satz, daß der Besitzer den Be-
sitz dadurch beenden könne, daß er den Willen erkläre,
die Sache nicht mehr als die seinige zu haben, sei berechnet
auf den im Entwurf geregelten juristischen Besitz. Nachdem
man zu § 797 (sc. E I) beschlossen habe, den Willen als
Voraussetzung des Besitzerwerbs zu streichen, treffe der
§ 808 nicht mehr zu". Die Bedenken, die einige Kommissions-
mitglieder in diesem Zusammenhang anmeldeten - sie meinten,
daß Fälle möglich seien, in denen die ernstliche Erklärung
des Willens, den Besitz nicht mehr haben zu wollen, zu einer
Beendigung führen müßte -, zielten nicht auf die Wiederein-
führung des animus domini als Element des Besitzes. Sie woll-
ten nur klarstellen, daß die Aufgabe der tatsächlichen Gewalt
in diesen Fällen auch durch eine Willenserklärung erfolgen
könne. An der Konzeption des Besitzes als tatsächlicher Ge-

1) vgl. zur Streichung der genannten §§ Mugdan, S. 505 f.
2) Prot. II, Bd 3, S. 34

walt sollte festgehalten werden. Ein Aufgeben des Besitzes ist daher nur durch Aufgabe der tatsächlichen Gewalt, nicht durch Aufgabe des Besitzwillens denkbar, so daß die Streichung des § 808 E I erforderlich war.

Aus demselben Grunde mußte auch der § 811 E I eliminiert werden. Er hatte nur Bedeutung für den Besitz im Sinn des E I. Die abweichende Regelung des Besitzes im E II ließ ihn überflüssig werden.

Die Abkehr vom juristischen Besitz erforderte eine Neufassung des § 821 E I. Von einer Seite¹⁾ war zwar die ersatzlose Streichung des § 821 E I vorgeschlagen worden mit der Begründung, der Gedanke, auch solchen Personen, welche die tatsächliche Gewalt nicht ausübten, Besitzschutz zu gewähren, stehe im Widerspruch mit der Auffassung des Lebens. In seiner Eigenschaft als rechtlich zu schützendes Interesse komme der Besitz überhaupt nur insoweit in Betracht, als es sich um die Aufrechterhaltung des Besitzstandes des jeweiligen Trägers der tatsächlichen Gewalt handle. Es sei ein ungesunder, den Tatsachen zuwiderlaufender Gedanke, wenn man davon ausgehe, daß der Mieter und der Pächter die tatsächliche Gewalt nicht nur für sich, sondern auch für den Vermieter und Verpächter ausüben wollten. Die Annahme einer compossessio duorum in solidum widerstreite der juristischen Logik. Zu einer Ausdehnung des Besitzschutzes auf den mittelbaren Besitzer liege aber auch ein praktisches Bedürfnis nicht vor. Gegen Übergriffe des Pächters und Mieters seien z.B. der Verpächter und der Vermieter durch den ihnen nach dem obligatorischen Verhältnisse zukommenden Schutz genügend gesichert. Im Verhältnis zu Dritten sei es lediglich Sache desjenigen, der die tatsächliche Gewalt ausübe, die Verteidigung des tatsächlichen Besitzstandes wahrzunehmen. Dem mittelbaren Besitzer, besonders dem Verpächter und dem Vermieter stehe daneben die Möglichkeit offen, sich durch Erwirkung einer einstweiligen Verfügung zu sichern. Richtig sei es, daß in einigen Fällen z.B. bei der Lehre von der Ersitzung, in welchen der Entwurf vom

1) Prot. II, Bd 3, S. 222

"Besitzer" rede, hierunter nicht bloß der Besitzer im Sinne der zu § 797 E I gefaßten Beschlüsse zu verstehen sei. Dies nötige aber nicht dazu, besondere Vorschriften über den Erwerb, Verlust und Schutz des mittelbaren Besitzes aufzunehmen; an den betreffenden Stellen werde vielmehr durch Aufnahme eines entsprechenden Zusatzes klarzustellen sein, für welche Personen, abgesehen von dem Besitzer im Sinn des § 797 E I, die Vorschriften gelten sollten. Die Mehrheit der Kommissionsmitglieder¹⁾ wollte dagegen an dem Grundgedanken des § 821 E I festhalten, daß auch solchen Personen Besitzschutz zu gewähren sei, die zwar nicht die tatsächliche Gewalt über die Sache ausübten, aber ihre tatsächlichen Beziehungen zur Sache doch nicht gänzlich aufgegeben hätten, sondern auf Grund eines zwischen ihnen und dem Inhaber der tatsächlichen Gewalt bestehenden Rechtsverhältnisses noch in einer gewissen Beziehung zur Sache geblieben wären. Es sollte bestimmt werden, daß zu Gunsten einer Person gewisse Folgen eintreten, wenn ein anderer eine Sache besitzt auf Grund eines zwischen ihm und dieser Person bestehenden Rechtsverhältnisses. Daraus folgt: Schutz und damit Besitz zugesprochen erhalten diese Personen nicht, weil die tatsächlichen Inhaber ihre Oberherrschaft anerkennen, sondern weil zwischen ihnen ein besonderes Rechtsverhältnis besteht, auf Grund dessen die Überlassung des Besitzes erfolgt ist. Während im E I die Besitzerstellung des juristischen Besitzers auf den Willen des Inhabers zurückzuführen war, die tatsächliche Gewalt für einen anderen (= den Besitzer) auszuüben, zeigen die Äußerungen der Zweiten Kommission, daß der Besitzschutz dem mittelbaren Besitzer zukommt als Folge des Rechtsverhältnisses. "Bezüglich der übrigen Anträge herrschte Einigkeit darüber, daß eine gewisse Gruppe von Personen, welche die Ausübung der unmittelbaren tatsächlichen Gewalt über eine Sache einem anderen überlassen hätten, die aber in Folge des Rechtsverhältnisses, auf Grund dessen die Überlassung des Besitzes erfolgt sei, noch in einer gewissen Beziehung zu der Sache geblieben wären, possessorisch zu schützen seien; besonders

1) Prot. II, Bd 3, S. 221, 223 f.

gelte dies für den Vermieter und den Verpächter"¹⁾.

Noch in dem soeben erwähnten Antrag, den § 821 E I ersatzlos zu streichen, kommt die Auffassung des E I zum Ausdruck, die Besitzerstellung des mittelbaren Besitzers (des juristischen Besitzers des E I) könne nur auf dem Willen des Besitzmittlers basieren, die tatsächliche Gewalt nicht nur für sich, sondern auch für den mittelbaren Besitzer auszuüben. "Es sei ein ungesunder, den Tatsachen zuwiderlaufender Gedanke, wenn man davon ausgehe, daß der Mieter und der Pächter die tatsächliche Gewalt nicht nur für sich, sondern auch für den Vermieter oder Verpächter ausüben wollten". Der Antragsteller war so sehr der Besitztheorie Savigny's verhaftet, daß für ihn der Wille des Mieters, für den Vermieter den Besitz an der überlassenen Sache mit auszuüben, als allein mögliche Ursache für einen Besitz des Vermieters erschien.

Dagegen machen die übrigen Anträge deutlich, daß die noch zu der Sache bestehende Beziehung des mittelbaren Besitzers nicht dem Willen des Inhabers zu verdanken ist, sondern dem Rechtsverhältnis, auf Grund dessen die Überlassung erfolgt ist. Grund des mittelbaren Besitzes soll demnach nicht ein subjektives Moment - der Wille des Inhabers - sein, sondern die objektive Tatsache eines zwischen Inhaber und mittelbarem Besitzer bestehenden Rechtsverhältnisses.

An dieser Konzeption kann man allerdings zweifeln, wenn man eine andere Bemerkung in den Protokollen²⁾ liest, die sich auf den Antrag 3 § b Abs. 2 zu § 821 E I bezieht. Der Antrag lautete folgendermaßen: "In den Fällen des § a Abs. 2³⁾ wird der Eigenbesitz dadurch nicht beendet, daß der Vertreter im Besitz stirbt oder geschäftsunfähig wird. Er wird dadurch, daß der Vertreter im Besitze den Eigenbesitzer als solchen

1) Prot. II, Bd 3, S. 221, 223 f.

2) Prot. II, Bd 3, S. 220

3) Antrag 3 § a Abs. 2: Der Besitz kann dadurch ersetzt werden, daß ein anderer die Sache für denjenigen, der sie als die seinige haben will, oder als Pächter oder Mieter desselben oder auf Grund eines sonstigen Rechtsverhältnisses besitzt, vermöge dessen er denselben als Eigenbesitzer anerkennt (Vertreter im Besitz).

nicht mehr anerkennt, erst dann beendigt, wenn der Vertreter im Besitze dies dem Eigenbesitzer erklärt". Zu dem zweiten Satz wurde ausgeführt, er sei nicht ganz richtig, da man nicht allgemein sagen könne, der mittelbare Besitz gehe nur dann verloren, wenn der unmittelbare dem mittelbaren Besitzer erkläre, daß er ihn als solchen nicht mehr anerkenne. Der Verlust des mittelbaren Besitzes müsse auch dadurch eintreten können, daß der unmittelbare Besitzer in einer den mittelbaren Besitz ausschließenden Weise über die Sache verfüge¹⁾. Hier tritt eine Anschauung zutage, die dem oben gewonnenen Ergebnis einer objektiven Betrachtungsweise des mittelbaren Besitzes widerspricht. Denn der Satz, daß der mittelbare Besitz nicht nur dann verloren gehe, wenn der Besitzmittler den mittelbaren Besitzer nicht mehr anerkenne und ihm das erkläre, besagt doch nicht anderes, als daß der mittelbare Besitz unter anderem durch ein Nichtanerkennen des Mittlers gelöscht werden kann, daß er also von dessen gutem Willen abhängig ist. Eine solche Äußerung ist nur möglich angesichts einer subjektiven Auffassung vom mittelbaren Besitz²⁾. Aber es wurde weder dieser Antrag ins Gesetz aufgenommen - der Antrag 3 § a Abs. 2, auf den er sich bezog, war schon vorher zugunsten des ähnlich lautenden Vorschlages 4 zurückgezogen worden³⁾ -, noch wurde die Bemerkung der Kommission, auf welche Art der Besitz enden könne, zu einer gesetzlichen Vorschrift verarbeitet. Das Gesetz schweigt auf die Frage nach dem Ende des mittelbaren Besitzes. Die zitierte Stelle könnte also so zu verstehen sein, daß der § 1 b Abs. 2 Satz 2 des Antrages 3 nicht richtig sei, wenn man im übrigen den Vorschlag 3 befürworte. Da man dem Antrag 3 mit Ausnahme des § a Abs. 3 aber nicht gefolgt ist, insbesondere die Erhaltung des Besitzes nicht dem Umstand zuschrieb "daß ein anderer die Sache für den Besitzer ... oder auf Grund eines sonstigen Rechtsverhältnisses besitzt, vermöge dessen er den Besitzer anerkennt"⁴⁾,

1) Prot. II, Bd 3, S. 227 f.

2) vgl. Planck-Brodmann, § 868, 4 b B

3) Prot. II, Bd 3, S. 221

4) § a Abs. 2 des Antrages 3

sind die zum § b Abs. 2 Satz 2 dieses Antrages gemachten Anmerkungen ohne weitere Bedeutung. Als unvereinbar mit einer objektiven Auslegung des mittelbaren Besitzes erscheint ~~ohne~~ weitere Äußerung folgenden Inhalts¹⁾: "Der Besteller eines Nießbrauchs werde mittelbarer Besitzer, wenn der Nießbraucher den Besitz für ihn ausüben wolle. Es werde insoweit nach der richtigen Auffassung des § 824 nicht ein objektives obligatorisches Rechtsverhältnis zwischen dem Nießbraucher und dem Besteller erfordert, sondern es genüge, wenn der Nießbraucher anerkenne, für den Besteller zu besitzen". Der Wille des Nießbrauchers, nicht das zwischen ihm und dem Besteller vereinbarte Rechtsverhältnis, soll dem Nießbrauchbesteller mittelbaren Besitz verschaffen. Diese Stelle in den Gesetzesmaterialien dient daher ebenfalls wie die soeben erwähnte²⁾ Äußerung zum Antrag 3 § b Abs. 2 zu § 821 E I einer subjektiven Theorie³⁾ als Begründung für ihre These, mittelbarer Besitz beruhe auf dem Willen des Besitzmittlers zur Besitzvermittlung. Es handelt sich hier aber nur um den speziellen Fall der Bestellung eines Nießbrauchs. "Insoweit" soll kein objektives Rechtsverhältnis nötig sein. Wie ist es in den anderen Fällen? Kann man vielleicht den Umkehrschluß ziehen, daß "anderweit", bei Miete, Pacht usw. ein objektives Rechtsverhältnis vorhanden sein muß? Oder gilt die Aussage über den Nießbrauch auch für alle anderen Verhältnisse des § 824 E II (= § 868 BGB)? Die Beratungen der Kommission über den mittelbaren Besitz bei einem Nießbrauch lassen sich nicht zweifelsfrei als Stütze der subjektiven Betrachtungsweise verwerten. Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang, daß den Gesetzesmaterialien keine selbständige Bedeutung zukommt. Sie können zur Beweisführung nur herangezogen werden, wenn der Gedanke, der sich aus

1) Prot. II, Bd 4, S. 608

2) s. oben S. 71 f.

3) u.a. Planck-Brodmann, § 868, 2 b A, 4 b B;
Staudinger, § 868 II 2; Biermann, § 868, 2 d

innen herleiten läßt, im Gesetz zum Ausdruck gekommen ist, wenn auch vielleicht in unvollkommener oder zweideutiger Form. Die Beratungen müssen daher im Zusammenhang mit dem fertigen Gesetz gesehen werden.

Festzuhalten ist an dieser Stelle aber folgendes: der Vergleich des E I mit dem E II zeigt, daß man sich von der im ersten Entwurf übernommenen subjektiven Theorie v.Savigny's freigemacht hat. Während im ersten Entwurf der Wille darüber entscheiden sollte, ob ein Verhältnis tatsächlicher Gewalt als Besitz oder Innehabung einzuordnen war, und der Wille des Inhabers, für einen anderen zu besitzen, die Grundlage des Besitzes dieser anderen Person darstellte, bezeichnet der zweite Entwurf als Besitz jedes tatsächliche Gewaltverhältnis. Die Entscheidung über Besitz oder Nichtbesitz liegt nicht mehr in den Händen des Subjekts, sondern wird von einem objektiven Faktor übernommen: die Verkehrsanschauung befindet darüber, ob ein Verhältnis tatsächlicher Gewalt besteht. Der E II weist insofern Ähnlichkeit mit der Ansicht Jhering's auf, nach der jedes gewollte Raumverhältnis ohne Rücksicht auf die Richtung des Willens Besitz sein sollte, soweit nicht eine gesetzliche Vorschrift etwas anderes anordnete. Ob allerdings diese Betonung der objektiven Seite anstelle der subjektiven, der tatsächlichen Gewalt anstelle des Besitzwillens, auch auf den mittelbaren Besitz zu übertragen ist, kann hier noch nicht endgültig festgestellt werden. Der Satz in den Protokollen¹⁾, daß die tatsächliche Beziehung des mittelbaren Besitzers auf Grund des Rechtsverhältnisses noch fortbestehe, ist jedoch ein Indiz dafür. Die nachfolgende Untersuchung der Vorschriften, die sich auf den mittelbaren Besitz beziehen, wird zeigen, ob dieser Satz eine Ausformung erfahren hat.

2. Die den mittelbaren Besitz regelnden Normen des BGB

Wichtigste Norm ist der § 868: "Besitzt jemand eine Sache als Nießbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter, Verwahrer oder

1) Prot. II, Bd 3, S. 221, 223 f.

in einem ähnlichen Verhältnisse, vermöge dessen er einem anderen gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist, so ist auch der andere Besitzer (mittelbarer Besitz)". Vertreter einer subjektiven Theorie¹⁾ führen diese Fassung des § 868 zur Stützung ihrer Meinung an. Das Wörtchen "als" könne als Beweis für eine subjektive Auffassung herangezogen werden. Wer als Nießbraucher, Pfandgläubiger usw. besitzt, braucht nicht wirklich Nießbraucher, Pfandgläubiger usw. zu sein. Es muß genügen, wenn er sich wie ein Nießbraucher verhalten will, d. h. den mittelbaren Besitzer anerkennt. Aus dem Wortlaut des § 868 ergibt sich dieser Meinung zufolge, daß für das Bestehen mittelbaren Besitzes der Wille des Besitzmittlers, den Besitz für den mittelbaren Besitzer auszuüben, erforderlich ist.

Demgegenüber erklären Anhänger einer objektiven Theorie²⁾, daß der Gesetzgeber eine andere Formulierung gewählt hätte, wenn er dem mittelbaren Besitz die tatsächliche Anerkennung hätte zugrunde legen wollen. Hätte er eine tatsächliche, keine rechtliche Beziehung zwischen Besitzmittler und mittelbaren Besitzer angestrebt, würde § 868 etwa so lauten: "Besitzt jemand, ohne ein Nießbraucher zu sein, wie ein Nießbraucher ..." ³⁾.

§ 868 verlangt, daß der unmittelbare Besitzer in einem Verhältnis zu einem anderen steht, vermöge dessen er diesem gegenüber auf Zeit zum Besitz berechtigt oder verpflichtet ist. Aus dem "ist" folgt, daß ein Rechtsverhältnis tatsächlich bestehen muß. Sonst hätte es heißen müssen: "berechtigt oder verpflichtet wäre" ⁴⁾ oder "verpflichtet zu sein glaubt" ⁵⁾. Wäre § 868 auf Grund des Wortes "als" subjektiv zu verstehen, so würde ein Widerspruch auftreten zwischen den Fällen, in denen dem mittelbaren Besitz Nießbrauch, Pacht, Miete und Verwahrung zugrundeliegt und dem mittelbaren Besitz

1) s. oben S. 73, N. 3

2) u.a. Rosenberg, § 868 II 2 a (S. 117) u. Mengelkoch, Jh Jb 76, 79, siehe auch unten S. 80, N. 1

3) Mengelkoch, Jh Jb 76, 79

4) Rosenberg, § 868 II 2 a;

5) Westermann, § 17, 5 d, der aber daraus nicht den Schluß zieht, daß § 868 objektiv zu verstehen ist.

auf der Grundlage eines ähnlichen Verhältnisses. Während ein Pachtverhältnis nicht zu bestehen bräuchte, der Pächter nur den mittelbaren Besitzer anerkennen müßte, müßte ein Leihvertrag, ein ähnliches Verhältnis im Sinn des § 868, tatsächlich existieren. Denn eine Berechtigung oder Verpflichtung des Entleihers kann sich nur aus einem solchen Vertrag ergeben. Aus der Gesamtschau des § 868 kann daher das Wort "als" nicht zur Rechtfertigung einer subjektiven Auslegung dienen. Der Wortlaut des § 868 spricht nicht dafür, daß der mittelbare Besitz vom Willen des Mittlers abhängig ist.

Mittelbarer Besitz beruht nicht nur auf schuldrechtlichen oder dinglichen, von den Parteien vereinbarten Verhältnissen, sondern kann auch kraft Gesetzes entstehen; so, wenn der unmittelbare Besitzer Vertreter des mittelbaren ist oder eine vertreterähnliche Stellung hat, z.B. bei Besitzvermittlung der Inhaber elterlicher Gewalt, des Testamentsvollstreckers, Konkurs- und Nachlaßverwalters. In diesen Fällen wird auch von der Mehrzahl der Anhänger der subjektiven Betrachtungsweise¹⁾ anerkannt, daß der Wille des Besitzmittlers bedeutungslos ist. Ihre Unterscheidung zwischen der Begründung mittelbaren Besitzes durch Parteivereinbarung und seiner Entstehung durch Gesetz ist jedoch nicht recht einsichtig.

Auch § 871 bietet einen Anhaltspunkt für die Unabhängigkeit des mittelbaren Besitzes vom Besitzmittlungswillen des mittelbaren Besitzes²⁾. Nach § 871 bleibt der mittelbare Besitz bestehen, wenn der Besitzmittler den unmittelbaren Besitz auf einen Dritten überträgt und mit ihm ein Verhältnis der in § 868 bezeichneten Art eingeht, z.B. der Entleiher gibt die Sache in Verwahrung, der Mieter verpfändet die Sache. Hierbei ist es gleichgültig, ob der Besitzmittler dazu befugt war oder nicht und ob er es in Aneignungsabsicht getan hat oder nicht. Käme es auf ein subjektives Moment an, dann

1) BGHZ 9, 73 (78); BayObLG RdL 1953, 274; Palandt-Degenhart, § 868, 2 a aa; Westermann, § 19 I 2; Röttemann, MDR 1954, 96; dagegen Soergel-Mühl, § 868, 6

2) vgl. Leonhard S. 76; Rohde XXI, S. 37

müßte der erste mittelbare Besitz erlöschen, wenn der Mittler das neue Besitzmittlungsverhältnis unter Auflehnung gegen das bisherige begründet hätte. Die Ansicht des Reichsgerichts¹⁾, daß in jedem Neuabschluß eines Besitzmittlungsverhältnisses die Negation des bisherigen liege, hätte zur Konsequenz, daß ein Fall des § 871 nie auftreten könnte. Denn es kann keinen Unterschied machen, ob bei Abschluß eines neuen Besitzmittlungsverhältnisses der unmittelbare Besitz beim Mittler bleibt oder der mittelbare, da das Gesetz von einer Gleichbehandlung der beiden Besitzformen ausgeht und nur dort eine ausdrückliche Regelung trifft, wo diese Gleichbehandlung nicht gilt.

Ein weiteres Argument gegen eine subjektive Betrachtungsweise ergibt sich aus § 870²⁾. Der mittelbare Besitz geht durch Abtretung des Herausgabeanspruchs auf den Abtretungsempfänger über. Ein Wille des Mittlers, für den neuen Gläubiger zu besitzen, ist nicht nötig. Sein Wille, für den bisherigen Herausgabeberechtigten weiter zu besitzen, kann den Übergang des mittelbaren Besitzes nicht hindern. Denn der mittelbare Besitz geht über, ohne daß es einer Mitwirkung des vermittelnden Besitzers oder auch nur seiner Kenntnis von der Übertragung bedarf³⁾.

Ein weiteres Beispiel, daß nicht ein subjektives Wollen, sondern objektiv bestehende Ansprüche entscheidend sind, ist § 930. Die Einräumung des mittelbaren Besitzes an den Erwerber geschieht nicht durch eine abstrakte Änderung des Besitzwillens seitens des Eigentümers, sondern durch die Vereinbarung eines konkreten Rechtsverhältnisses. Auf Grund dieses Rechtsverhältnisses erhält der Erwerber den mittelbaren Besitz. Zwar werden gerade die Kommissionsprotokolle zu § 930 zur Stützung der Gegenansicht⁴⁾ herangezogen, daß für

1) s. oben S. 12

2) vgl. Arthur Müller, S. 247 ff.; Rohde XXI, S. 33 ff.

3) RGZ 52, 277

4) Planck-Brodmann, § 868, 3

den mittelbaren Besitz ein vermeintliches Rechtsverhältnis genügt, da es nur auf die Anerkennung des mittelbaren Besitzes durch den Besitzmittler ankomme. Denn in den Protokollen¹⁾ ist die Rede von "der (mindestens vermeintlichen) Existenz eines solchen Rechtsverhältnisses". Diese Stelle kann aber nicht zur Beweisführung benutzt werden, soweit es um die Merkmale mittelbaren Besitzes geht, da die Äußerung nicht im Zusammenhang mit der Begründung mittelbaren Besitzes gefallen ist, sondern im Zusammenhang mit der Eigentumsübertragung durch constitutum possessorium. Um dem Offenkundigkeitsprinzip des Sachenrechts zu genügen, sollte bei der Eigentumsübertragung ohne Übergabe der Sache die Ernstlichkeit des Willens der Parteien, die Übergabe durch eine Erklärung zu ersetzen, durch ein Rechtsverhältnis klargestellt werden. Das geht aus ihr selbst eindeutig hervor. "Daß man gesetzlich den Eigentumsübergang von der (mindestens vermeintlichen) Existenz eines solchen Rechtsverhältnisses abhängig mache, diene dazu, die Ernstlichkeit des Willens der Parteien klarzustellen, daß sie die Übergabe durch eine Erklärung des Veräußerers ersetzt wissen wollten"²⁾.

Die zitierte Protokollstelle steht daher dem mit § 930 geführten Beweis eines von objektiven Faktoren abhängigen mittelbaren Besitzes nicht entgegen.

Als Ergebnis der Untersuchung der Vorschriften über den mittelbaren Besitz bleibt festzuhalten: der Wortlaut des § 868 kann weder zur Begründung der subjektiven Theorie herangezogen werden, noch läßt sich mit ihm eindeutig der Beweis für die Richtigkeit einer objektiven Betrachtungsweise erbringen. Dagegen sind die §§ 870, 871, 930 Zeichen dafür, daß der mittelbare Besitz nicht von einem Besitzmittlungswillen abhängig ist. Auch die Tatsache, daß mittelbarer Besitz kraft Gesetz entstehen kann, spricht gegen das Willenserfordernis.

III. Die Auslegung des § 868

Der Streit im gemeinen Recht, ob der Gegensatz zwischen Besitz und Detention auf der Willensrichtung des Inhabers oder

1) Protokolle II, Bd 3, S. 198

2) Protokolle II, Bd 3, S. 198

einer Anordnung des objektiven Rechts beruht, war gegenstandslos geworden, da das BGB die Unterscheidung zwischen juristischem Besitz und Detention nicht übernommen hatte. Vorbehaltlich der Ausnahme des § 855 BGB hatte man alle Inhaber zu Besitzern erklärt. Die Detentoren wie Mieter und Pächter waren unmittelbare Besitzer geworden, die juristischen Besitzer wie Vermieter und Verpächter hatten ihren Besitz in Form des mittelbaren Besitzes behalten.

Obwohl also der Gegensatz Besitz - Detention durch das BGB beseitigt wurde, lebten die zu seiner Erklärung entwickelten Theorien fort. Sie fanden ein anderes Betätigungsfeld: den mittelbaren Besitz des § 868.

So wie Savigny das Wesen der Detention in einem animus alieno nomine des Detentors sah, fand man nun in Fortführung seiner Subjektivitätstheorie den Grund des mittelbaren Besitzes in dem Fremdbesitzerwillen des unmittelbaren Besitzers. Die Anerkennung des Oberbesitzers (= mittelbaren Besitzers) durch den Unterbesitzer (= unmittelbaren Besitzer) sollte eine der Voraussetzungen mittelbaren Besitzes sein¹⁾.

Dagegen wurde als Weiterentwicklung der Jheringschen Objektivitätstheorie, die den Grund des Dualismus Besitz - Detention einer Norm des objektiven Rechts zuschrieb, der mittelbare Besitz als Kombination einer Tatsache - dem unmittelbaren Besitz des Mittlers - und eines Rechtsverhältnisses betrachtet. Ein Wille des Mittlers zur Besitzvermittlung

1) Buhl, S. 31; Cosack, §§ 193, 193a; Crome, §§ 345, 349; Endemann, § 31, 1 c, § 32, 2b; Otto v. Gierke, DPR § 114, II 5; 115 IV 2 c; Fahrnisbesitz, S. 7, Fußn. 15; Julius v. Gierke, S. 21; Goldmann-Lilienthal, § 1 Note 12 u. § 3, 3 b u. N. 9; Grützmann, S. 504 f.; Jung, Recht, 1919, 353 f.; Kniep, S. 266; Kretzschmar, § 3b; Landsberg, § 172; Planck-Brodmann, § 868, 3 u. 4 b §; Przibilla, JW 1908, 397; Strohal, JherJb 38, 110 ff. für die Zeit bis ungefähr 1920; in neuerer Zeit vertreten diese Auffassung u.a. Kregel in RGRK, Planck-Brodmann, v Staudinger-Seufert, Soergel-Mühl, Schlegelberger-Vogels, Herschel, Wolf, Zunft, Bühring (vgl. oben S. 12 N. 1) und Dölle, Wolff-Raiser, v. Staudinger-Kober, Baur, Palandt-Degenhardt, Medicus, Paulus, Pohle (vgl. oben S. 39, N. 1)

sollte nicht erforderlich sein; darüber, ob jemand mittelbarer Besitzer ist oder nicht, sollte nicht der Fremdbesitzerwille entscheiden. Für allein maßgebend wurde die zwischen den Beteiligten bestehende rechtliche Beziehung gehalten¹⁾.

1. In den ersten Jahren der Geltung des BGB

In den beiden ersten Jahrzehnten des Bestehens des Bürgerlichen Gesetzbuches folgte auf eine anfänglich überwiegend subjektive Exegese des Besitzrechtes bald eine Betonung des objektiven Charakters des Besitzes. Die subjektive Theorie findet sich vornehmlich in Veröffentlichungen der Jahre 1901 bis 1908, die objektive Lehre dagegen in Publikationen der Zeit von 1907 bis 1919. Diese zeitliche Einteilung läßt sich selbstverständlich nicht streng durchführen. Die Übergänge sind fließend; in der "subjektiven Periode" wurden objektive Stimmen laut und umgekehrt.

a) subjektive Auslegung

Die Vertreter der subjektiven Theorie²⁾ fordern zur Begründung mittelbaren Besitzes den unmittelbaren Besitz des Besitzmittlers, ein zwischen dem Besitzmittler und dem mittelbaren Besitzer vereinbartes Rechtsverhältnis im Sinn des § 868³⁾ und zusätzlich als subjektives Element die Anerkennung des mittelbaren Besitzers durch den Besitzmittler, den sog. Fremdbesitzerwillen. "Der andere (= der unmittelbare

-
- 1) Aravantinos JherJb 48, 117 ff; Binder, S. 57, N. 75, 76; Bruns, Viktor, S. 157 ff; Fleck, ArchBürgR 15, 371 ff.; Isay, S. 275; Kipp in Windscheid, Bd I, S. 809 f.; Kress, S. 215 f.; Leonhard, S. 73 f.; Maenner, § 16, Anm. 21; Manigk, JW 1928, 398; Mengelkoch, S. 108 ff; Arthur Müller, Gruchot 54, 247 ff; Rohde, XXI, S. 40 f u. 76 ff; Rosenberg, § 868 II 2; Wendt, Besitz, S. 79 ff; AcP 87, 40 ff. In neuerer Zeit bekennen sich zu dieser Ansicht nur noch Boehmer, S. 41 ff. und Sandtner, S. 75 ff.
- 2) Buhl, Cosack, Crome, Endemann, Otto v. Gierke, Julius v. Gierke, Goldmann, Lilienthal, Grützmann, Jung, Kniep, Kretzschmar, Landsberg, Planck-Brodmann, Przibilla, Strohal, vgl. oben S. 79
- 3) dieses Rechtsverhältnis braucht kein gültiges zu sein, vgl. u.a. Planck-Brodmann, § 868, 3 und die nachfolgenden Ausführungen

Besitzer) muß das eben bestimmte Verhältnis zum mittelbaren Besitzer (gemeint ist das Rechtsverhältnis des § 868) bei der erstmaligen Begründung des mittelbaren Besitzes tatsächlich anerkannt und darf dies Anerkenntnis nachträglich nicht dauernd zurückgenommen haben¹⁾.

Diese Ansicht, mittelbarer Besitzer sei der, den der Mittler als solchen anerkenne, stützt sich auf den Wortlaut des § 868 "als" und eine Bemerkung in den Protokollen der Zweiten Kommission²⁾. Anlässlich der Beratung der Frage, wer mittelbarer Besitzer sei, falls ein Nichteigentümer einen Nießbrauch bestellt habe, wurde ausgeführt, nach § 868 sei nicht ein Verhältnis als objektiver Faktor zwischen dem Nießbraucher und dem Besteller erforderlich, sondern es genüge, wenn der Nießbraucher anerkenne, für den Besteller zu besitzen.

Eine andere Begründung des Willenserfordernisses gibt Last³⁾. Er meint, dem § 868 liege römisches Recht zugrunde, der Erwerb des mittelbaren Besitzes sei Erwerb durch Stellvertreter. Daher müsse der Wille des Besitzmittlers dem "animus alieno nomine possidendi" des Detentors entsprechen. Diese Äußerung zeigt deutlich, daß die Dogmatik des römischen und gemeinen Rechts noch fortlebte und auf den mittelbaren Besitz übertragen wurde.

Da die Stellung des mittelbaren Besitzers im wesentlichen auf der Anerkennung durch den Besitzmittler beruhen soll, braucht nach dieser Auffassung das von § 868 geforderte Rechtsverhältnis auch nicht gültig zu sein. Es genügt ein bloß vermeintliches, ein Putativverhältnis, und ein vermeintlicher Herausgabeanspruch⁴⁾.

Die Folge der Abhängigkeit des mittelbaren Besitzes vom Fremdbesitzerwillen des Besitzmittlers ist, daß der mittelbare Besitz aufhört, wenn der unmittelbare Besitzer dem mittelbaren

1) Cosack, § 193 a, I 1 a

2) Prot. II, Bd 4, S. 594, 596, 608

3) JherJb 63, 97

4) Planck-Brodmann, § 868, 3; Otto v. Gierke, DPR, § 114 (S. 220); Crome, § 345; Cosack, § 193 a; Przibilla, JW 1908, 396; Biermann, § 868, 2 d; Kretzschmar, S. 37; Endemann, § 31, 3, § 32

die Anerkennung versagt. Will der unmittelbare Besitzer nicht mehr aus dem Verhältnis besitzen, auf dem der mittelbare Besitz des Oberbesitzers bisher beruhte, will z.B. der Mieter nicht mehr "als Mieter" besitzen, so ist ein Fall der Beendigung mittelbaren Besitzes gegeben¹⁾.

Wann eine solche, zum Verlust des mittelbaren Besitzes führende Negation des Besitzmittlungswillens vorliegt, wird verschieden beurteilt.

Nach einer Ansicht²⁾ ist der mittelbare Besitz lediglich vom inneren Willen des unmittelbaren Besitzers abhängig. Diese konsequente Durchführung der subjektiven Theorie hat zur Folge, daß der mittelbare Besitz schon dadurch zerstört wird, daß der unmittelbare Besitzer den Entschluß faßt, die Sache für sich zu haben.

Dagegen genügt nach überwiegender Auffassung³⁾ ein solches bloß inneres Wollen des unmittelbaren Besitzers nicht, um den mittelbaren Besitz zum Erlöschen zu bringen. Der Wille muß vielmehr auch äußerlich erkennbar sein. Der mittelbare Besitz wird daher dann als beendet anzusehen sein, "wenn der unmittelbare Besitzer einen neben ihm noch vorhandenen mittelbaren Besitzer praktisch nicht mehr anerkennt. Diese praktische Nichtanerkennung kann sich in einer vom unmittelbaren Besitzer gegenüber dem bisherigen mittelbaren Besitzer abgegebenen Erklärung äußern, sie kann aber auch ohne solche Erklärung schon dadurch zum Ausdruck kommen, daß der unmittelbare Besitzer sich bei der Behandlung der Sache allseitig über jede Rücksichtnahme auf einen mittelbaren Besitz hinwegsetzt. Darauf, ob der bisherige mittelbare Besitzer von diesem Verfahren des unmittelbaren Besitzers Kenntnis erlangt hat, wird keine Rücksicht zu nehmen sein"⁴⁾. Zum Verlust des mittelbaren Besitzes infolge einer Verweigerung der Anerkennung kann es also auf zweierlei Art und Weise kommen:

1) Landsberg, § 172; Grützmann, S. 504 ff.

2) vgl. Kniep, S. 266; Jung, S. 354;

3) Cosack, § 193 d IV; Julius v. Gierke, S. 21; Planck-Brodmann, § 868, 4 b B; Strohal, S. 112; Buhl, S. 31

4) Strohal, S. 112

- dadurch, daß sich der Unterbesitzer der Herrschaft des Oberbesitzers tatsächlich entzieht. Beispiel: der Entleiher schreibt in das entliehene Buch seinen Namen, ohne daß er dem Verleiher eine Nachricht darüber zukommen läßt. Diese Handlung führt zum Verlust des mittelbaren Besitzes.
- durch eine Erklärung des unmittelbaren Besitzers an den mittelbaren, daß er das Verhältnis zwischen ihnen lösen wolle. Beispiel: der Verwahrer erklärt dem Hinterleger, daß er die Sache nicht mehr für ihn verwahren, sondern über sie für sich selbst verfügen wolle. Der mittelbare Besitz des Hinterlegers ist beendet.

Brodmann¹⁾ begründet diese Möglichkeit der Beendigung des mittelbaren Besitzes durch Erklärung des Mittlers gegenüber dem mittelbaren Besitzer mit einer Bemerkung, die in der Beratung der zweiten Kommission gefallen war. Ein dem § 813 Abs. 2 E I entsprechender Vorschlag, wonach der Besitz durch Erklärung des Inhabers erlöschen kann, wurde abgelehnt, weil er teils selbstverständlich, teils aber insofern nicht ganz richtig sei, als der Verlust des mittelbaren Besitzes auch dadurch eintreten können, daß der unmittelbare Besitzer in einer den mittelbaren Besitz ausschließenden Weise über die Sache verfüge²⁾.

Hieraus schließt Brodmann, daß auch die zweite Kommission der Auffassung war, eine Erklärung des Besitzmittlers gegenüber dem mittelbaren Besitzer, daß er ihn nicht mehr als Oberbesitzer anerkenne, vernichte den mittelbaren Besitz. Der Besitz wird somit als eine tatsächliche Beziehung zur Sache gesehen, die auf der subjektiven Basis beruht. Der Grund des mittelbaren Besitzes liegt in dem Willen als etwas tatsächlichem, real vorhandenem, nämlich in Form der Anerkennung des mittelbaren Besitzers seitens des Besitzmittlers. Versagt dieser dem mittelbaren Besitzer die Anerkennung, so ist ein Fall der Beendigung mittelbaren Besitzes gegeben.

1) Planck-Brodmann, § 868, 4 b B

2) Prot. II, Bd 3, S. 227 f.

b) Objektive Interpretation

Dagegen hat bei Zugrundelegung der objektiven Auffassung¹⁾ die Tatsache, daß der Besitzmittler dem mittelbaren Besitzer seine Anerkennung versagt, keinen Einfluß auf den Bestand des mittelbaren Besitzes. Denn mittelbarer Besitz ist dieser Theorie zufolge vom Willen des Besitzmittlers unabhängig; er beruht allein auf dem unmittelbaren Besitz des Besitzmittlers und der zwischen den Beteiligten bestehenden rechtlichen Beziehung in Form eines gültigen Rechtsverhältnisses. Ein Putativverhältnis ist nicht ausreichend, da sonst lediglich auf die Anerkennung des mittelbaren Besitzers durch den unmittelbaren abgestellt werden würde. Solange der Mittler im Besitz der Sache ist und dem Herausgabeanspruch unterliegt, besteht auch der mittelbare Besitz fort²⁾. Durch eine einseitige Handlung oder Erklärung des Besitzmittlers erlischt der mittelbare Besitz nicht, es sei denn, der Mittler beendet dadurch seinen unmittelbaren Besitz oder zerstört den Herausgabeanspruch.

Zur Begründung ihrer Ansicht führen die Objektivisten folgende Argumente an:

In zahlreichen Besitzmittlungsverhältnissen, die kraft Gesetzes entstehen, z.B. bei Besitzvermittlung auf Grund Testamentsvollstreckung, Konkurs- und Nachlaßverwaltung, elterlicher Gewalt, fehlt ein Besitzmittlungswille von vornherein³⁾.

Nach § 870 kann der mittelbare Besitz durch Abtretung des Herausgabeanspruchs abgetreten werden. Der Besitzmittler braucht nicht seinen Willen dahingehend zu ändern, in Zukunft für den neuen Gläubiger zu besitzen. Denn der mittelbare Besitz geht auch dann über, wenn der Besitzmittler von der Abtretung nichts weiß oder ihr sogar widerspricht. Wäre ein Wille Voraussetzung für das Bestehen mittelbaren Besitzes, so könnte der Abtretungsempfänger nicht mittelbarer Besitzer werden⁴⁾.

1) Aravantinos, Binder, Bruns, Fleck, Isay, Kipp, Kress, Leonhard, Maenner, Manigk, Mengelkoch, Arthur Müller, Rohde, Rosenberg, Wendt, vgl. oben S. 80, N. 1

2) Kipp, Darstellung des BGB in Windscheid, Bd I, S. 809 f.; Rosenberg, § 868 II 2 b

3) vgl. oben S. 76

4) vgl. bereits S. 77 ; ferner Rosenberg, § 868 II 2; Rohde, XXI, S. 33 ff; Aravantinos, S. 119 f.

Überträgt der Besitzmittler unter Vereinbarung eines Besitzmittlungsverhältnisses den unmittelbaren Besitz auf einen Dritten, so bleibt der mittelbare Besitz des ersten mittelbaren Besitzers bestehen, § 871. Es macht keinen Unterschied, ob dessen Genehmigung vorlag oder nicht¹⁾. Wenn also in diesem Fall eine betätigte Auflehnung gegen den Oberbesitzer den Bestand des mittelbaren Besitzes nicht in Frage stellt, so müßte dies erst recht gelten, wenn der Mittler im Besitze der Sache bleibt, also selbst z.B. dann, wenn er die Sache veräußert hat, sie aber als Besitzmittler des Erwerbers im Besitz behält²⁾.

Eine Abhängigkeit des mittelbaren Besitzes von dem Willen des Besitzmittlers widerspricht dem mit der Einführung des § 868 verfolgten Zweck³⁾. Der Gesetzgeber hat dem mittelbaren Besitzer die Möglichkeit der Ersitzung, der Eigentumsübertragung, der Verfügungslegitimation zugunsten gutgläubiger Dritter, die dingliche Rechtsvermutung eingeräumt, da er die Sache nur auf Zeit weggegeben hat. Eintritt und Fortdauer dieser rechtlichen Wirkungen wären aber ins Belieben des Besitzmittlers gestellt, wollte man den mittelbaren Besitz von der Anerkennung durch den Besitzmittler abhängig machen. Auf solche Weise würde der Gesetzgeber sein eigenes Gebäude wieder zerstört haben.

Wenn die Rechtsstellung des mittelbaren Besitzers ihre gesetzliche Zweckbestimmung erfüllen soll, so muß sie von dem Willen des unmittelbaren Besitzers unabhängig sein, da dessen Interessen an der Sache mit jenen des mittelbaren Besitzers in vielen Fällen kollidieren.

Für die Fortdauer mittelbaren Besitzes kann nicht die bloße Willkür des unmittelbaren Besitzers entscheidend sein⁴⁾. Der mittelbare Besitzer wäre dieser Willkür schutzlos ausgeliefert. Ihm stehen gegen den unmittelbaren Besitzer keine

1) Rosenberg, § 868 IV 3 c; Leonhard, S. 76; Rohde XXI, S. 37; vgl. bereits S. 76 f.

2) Rosenberg, § 868 IV 3 c

3) Kreß, S. 215 f.; Rosenberg, § 868 IV 3 c

4) Leonhard, S. 74; Rosenberg, § 868 IV 3 c

Besitzklagen zu, mit denen er Wiedereinräumung oder Beseitigung der Störung des Besitzes verlangen könnte. Eine Klage auf Feststellung des mittelbaren Besitzes wäre unbegründet, da der Besitz durch die Auflehnung zerstört worden ist. Eine Klage auf Feststellung des zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses wäre ungenügend, da die Auflehnung gegen den Oberbesitzer auch ohne Leugnung dieses Verhältnisses denkbar ist. Eine Klage auf "positive Anerkennung" dieses Verhältnisses gibt es nicht; sie würde auch zwecklos sein, da ein Urteil zwar eine Willenserklärung, nicht aber einen Willensinhalt ersetzen kann, und weil der Mittler dem Oberbesitzer sofort wieder die Anerkennung versagen und dadurch den mittelbaren Besitz entziehen könnte.

Ein mittelbarer Besitz, der sich auf den Willen des Besitzmittlers gründet, ist für die Praxis nicht brauchbar¹⁾. Der mittelbare Besitzer, der sich in einem Prozeß auf seinen mittelbaren Besitz beruft und ihn auch beweisen muß, könnte den Nachweis nur mit der gegenwärtig vorhandenen Anerkennung durch den Besitzmittler führen; der Nachweis des Rechtsverhältnisses würde nicht genügen, da der Mittler stets in der Lage wäre, den mittelbaren Besitz einseitig zu beenden²⁾.

Der mittelbare Besitzer wäre also in der mißlichen Lage, einen Willensvorgang beweisen zu müssen; der Richter hätte nach subjektiven Ereignissen zu forschen und sie seiner Entscheidung zugrunde zu legen.

Dieselben Argumente - gesetzgeberischer Wille, Schutz des Oberbesitzers vor der Willkür seines Unterbesitzers, Praktikabilität -, mit denen bereits Jhering im gemeinen Recht die subjektive Theorie Savigny's bekämpfte³⁾, finden sich also wieder unter der Geltung des BGB in der Diskussion um die Auslegung des § 868.

Zur Unabhängigkeit der Besitzstellung des mittelbaren Besitzers vom Willen des Besitzmittlers gelangt eine andere

1) Isay, S. 275 f.

2) Bruns, Viktor, S. 158

3) vgl. oben S. 51 ff.

Auffassung¹⁾, indem sie den mittelbaren Besitz nicht als wahren Besitz, sondern als eine Fiktion ansieht. Der mittelbare Besitz wird als eine vom Gesetz angeordnete Reflexwirkung des Rechtsverhältnisses zwischen dem unmittelbaren Besitzer und demjenigen betrachtet, von dem er sein Recht zum Besitz ableitet. Der mittelbare Besitzer hat eine Macht, die auf einem Anspruch basiert. Obwohl diese Macht kein Verhältnis tatsächlicher Gewalt darstellt, wird sie als Besitz bezeichnet. Da aber die gegenwärtige tatsächliche Sachherrschaft nicht bestehe, sei dieser Besitz nur eine Fiktion. Solange der Anspruch existent ist, besteht auch die Macht (= der Besitz). Der Wille des Mittlers vermag sie nicht zu beseitigen, da sein einseitiger Entschluß zur Aufhebung des Rechtsverhältnisses und damit des Anspruchs nicht in der Lage ist.

Diese Einstufung des mittelbaren Besitzes als eine Fiktion läßt sich daraus erklären, daß immer wieder versucht wurde, § 854 I, wonach der Besitz durch Erlangung der tatsächlichen Gewalt erworben wird, im Sinn einer allgemeinen Begriffsbestimmung des Besitzes zu verwenden. Wollte man nun unter diesen Besitzbegriff auch das Institut des mittelbaren Besitzes einordnen, so mußte man ihn in der Erkenntnis, daß er nicht eine volle gegenwärtige tatsächliche Sachherrschaft darstellt, entweder als Fiktion²⁾ oder zu Konstruktionen wie "geistige Sachherrschaft"³⁾ greifen.

2. In neuerer Zeit

Die objektive Exegese des Besitzrechts im zweiten Jahrzehnt des Bestehens des Bürgerlichen Gesetzbuches konnte sich nicht durchsetzen. In der Zeit nach 1920 schob sich immer mehr die Willenstheorie, die heute als die herrschende⁴⁾ bezeichnet

1) Kress, S. 1 ff., 4 ff.; Rohde, XXI, S. 6 ff.; Wendt, ACP, 87, 47-49; Besitz, S. 78 ff (101)

2) so Kress, Rohde, Wendt, vgl. oben N.1
ebenfalls Bartels, Gruchot 42, 652 ff.

3) Wolff-Raiser, § 8 I 1, III

4) Staudinger-Seufert, § 868, 11; Soergel-Mühl, § 868, 6, 10; Erman-Westermann, § 868, 8; Palandt-Degenhart, § 868, 1; Westermann, § 17, 5 d; Baur, § 7 B III b; E. Wolf, § 2 F II; Wolff-Raiser, § 8

werden muß, in den Vordergrund.

a) Mittelbarer Besitz als geistige Sachherrschaft

Das Vordringen der subjektiven Theorie steht im Zusammenhang mit einem Wiederaufleben des Sachherrschaftsgedankens¹⁾. Aus der Definition des Besitzes als Sachherrschaft ergibt sich die Notwendigkeit eines Fremdbesitzerwillens auf seiten des Besitzmittlers als eines dritten subjektiven Elements neben der tatsächlichen Gewalt und dem Rechtsverhältnis im Sinn des § 868²⁾.

Zum Ausgangspunkt einer einheitlichen Bestimmung des Besitzbegriffes wird § 854 I gewählt. Besitzer ist, wer die tatsächliche Gewalt hat, wer auf die Sache nach Belieben einwirken kann. Da auch der mittelbare Besitzer vom Gesetz als Besitzer bezeichnet wird, muß auch er eine Sachherrschaft haben. Eine direkte hat er nicht; zwischen ihm und der Sache steht noch eine zweite Person, so daß seine Einwirkungsmöglichkeit nur eine mittelbare sein kann. Diese mittelbare Sachherrschaft könnte beruhen auf der Möglichkeit, einen Einfluß auf die Sache auszuüben auf Grund des zwischen dem mittelbaren Besitzer und seinem Besitzmittler bestehenden rechtlichen Verhältnisses. Insbesondere die Berechtigung, die Herausgabe der Sache zu verlangen, könnte als der die Sachherrschaft begründende Faktor angesehen werden. Die Definition allen Besitzes als eines tatsächlichen Gewaltverhältnisses verbietet es der herrschenden Meinung aber, rechtliche Aspekte in den Besitz mit hineinzutragen. Die "tatsächliche Gewalt" des mittelbaren Besitzers kann daher nicht

1) Ähnlich Sandtner, S. 3, 80

2) Dieses Rechtsverhältnis braucht kein gültiges zu sein; ein vermeintliches reicht aus. Allerdings muß ein gültiger Herausgabeanspruch bestehen. Es genügt nicht allein die Anerkennung des mittelbaren Besitzers durch den unmittelbaren. Als Ersatzanspruch kommt in Betracht ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung oder Geschäftsführung ohne Auftrag, da bei diesen die Willenslage der Parteien dieselbe ist wie bei den gültigen Verhältnissen des § 868. Vgl. die in Note 4), S. 87 zitierten Autoren.

auf dem zwischen ihm und dem Besitzmittler vereinbarten Rechtsverhältnis - einem rechtlichen Faktor - sondern muß auf einem tatsächlichen Umstand beruhen. Als solcher bietet sich der Wille des unmittelbaren Besitzers an, den Besitz an der Sache für den mittelbaren auszuüben. Mit der Anerkennung, die ihren Ausdruck in dem Verhalten des Besitzmittlers findet, schwächt der Besitzmittler seine Sachherrschaft über die in seinem unmittelbaren Besitz befindliche Sache ab und gesteht sie teilweise dem mittelbaren Besitzer zu.

Westermann¹⁾ formuliert es folgendermaßen:

"Das Wesen des Besitzes als Sachherrschaft (bei mittelbarem Besitz als mittelbare Sachherrschaft) muß aber dazu führen, die Einwirkungsmöglichkeit auf dem Weg über den Willen des unmittelbaren Besitzers als maßgebend anzusehen".

Ist das subjektive Moment nicht mehr vorhanden, so geht der mittelbare Besitz konsequenterweise verloren.

"Entsprechend der Ableitung des mittelbaren Besitzes nicht aus dem Rechtsverhältnis, sondern aus dem Verhalten des Besitzmittlers, das die Einwirkung des Oberbesitzers ermöglicht, endet der mittelbare Besitz, wenn der Besitzmittler sich erkennbar so verhält, daß dem bisherigen mittelbaren Besitzer keine Einwirkungsmöglichkeit mehr verbleibt ... z.B.: der Entleiher schreibt seinen Namen in das entliehene Buch, das er behalten will. Der Erbe stellt das Buch, das der Erblasser entliehen hatte, in die eigene Bibliothek²⁾.

Das schuldrechtliche Kausalverhältnis zwischen dem mittelbaren Besitzer und seinem Besitzmittler wird zwar als Voraussetzung für die Entstehung mittelbaren Besitzes gefordert. Den Tatbestand des mittelbaren Besitzes kann es dagegen nicht sichern, da der mittelbare Besitz als eine von rechtlichen Erwägungen freie Tatsache betrachtet wird³⁾.

1) § 17, 5 d

2) Westermann, § 19 II 3;

3) vgl. RGZ 135, 82

b) Mittelbarer Besitz beruht auf dem Rechtsverhältnis

Eine objektive Ansicht, die den mittelbaren Besitz als Verknüpfung von Tatsache und Rechtsverhältnis betrachtet, vertreten in neuerer Zeit nur noch Boehmer¹⁾ und Sandtner²⁾. Die subjektive Theorie begeht nach Sandtner³⁾ den Fehler, den Besitz als Sachherrschaft zu charakterisieren, während in Wirklichkeit das Besitzverhältnis auf vier Besitztatbeständen beruht, die gleichwertig nebeneinanderstehen. Der mittelbare Besitz sei der Hauptfall des auf einem Rechtsverhältnis beruhenden Besitzes; aus diesem Rechtsverhältnis, nicht - wie die h.L. meint - aus dem Verhalten des Besitzmittlers, ergebe sich die Möglichkeit, einen Einfluß auf die Sache auszuüben. Zur Begründung bezieht sich Sandtner⁴⁾ auf die Objektivitätstheorie Jherings⁵⁾, die allein der Interessenlage gerecht werde und die Möglichkeit des Rechtsmißbrauchs und der Rechtsunsicherheit sowie die Unstabilität der Besitzverhältnisse verhindere. Eine so wichtige Frage wie die Besitzstellung des mittelbaren Besitzes könne nicht von einer so schwierig feststellbaren Tatsache wie dem Willen des Mittlers abhängig gemacht werden⁶⁾. Solange daher der Besitzmittler die tatsächliche Gewalt fortsetzt und das Rechtsverhältnis existiert, so lange bleibt der mittelbare Besitz bestehen.

c) Zusammenfassung und Ergebnis

Es wurde gezeigt, daß der Widerstreit zwischen einer subjektiven und objektiven Betrachtungsweise des mittelbaren Besitzes, zwischen einer Betonung des Fremdbesitzerwillens und einer Hervorhebung des Rechtsverhältnisses sich zurückverfolgen läßt bis ins 19. Jahrhundert.

Der Besitzbegriff Savigny's war gekennzeichnet durch den

1) S. 41 ff.; vgl. auch bereits oben S. 16

2) S. 75 ff.

3) S. 80, 46

4) S. 83 ff.

5) s. oben S. 51 ff.

6) Boehmer, S. 41 ff.

animus domini. Juristischer Besitz erforderte neben dem Tatbestand des corpus das Vorhandensein eines bestimmten Willens, des animus domini. Nur wer die Sache tatsächlich so beherrschen wollte, wie ein Eigentümer kraft seines Rechts zu tun befugt ist, war Besitzer; nur ihm war der Rechtsschutz vorbehalten. Von diesem Besitz zu unterscheiden war die Innehabung, die im Gegensatz zu einem rechtlich unerheblichen Raumverhältnis zwar auch von einem Willen begleitet wurde, jedoch nicht von dem animus domini, sondern lediglich von dem animus possidendi.

Dagegen nannte Jhering jedes willentliche Verhältnis einer Person zu einer Sache Besitz. Juristischer Besitzer und Detentor hatten seiner Ansicht nach den gleichen Willen, den animus possidendi, der ihre Beziehung zur Sache von dem bloßen Raumverhältnis abhob. Die Entscheidung, ob juristischer Besitz oder Detention vorliegt, war allein abhängig von der Art des dem Besitz zugrundeliegenden Verhältnisses, der causa possessionis, nicht von der Absicht oder Meinung der Parteien.

Bei der Ausgestaltung des Besitzrechts des Bürgerlichen Gesetzbuches hat man sich von dem subjektiven Begriff des Besitzes, wie Savigny ihn vertrat, getrennt. Besitz ist nicht mehr Innehabung mit dem Willen, die Sache als eigene zu haben, wie es § 797 E I noch formulierte, sondern er wird erworben durch Erlangung der tatsächlichen Gewalt, § 854 BGB. Der Wille ist kein eigenes Erfordernis des Besitzerwerbs mehr. Er ist nicht selbständiges Tatbestandselement des Besitzes nach Art des animus domini. Er ist nur noch insofern von Bedeutung, als er zur Bestimmung des Verhältnisses tatsächlicher Gewalt gebraucht wird. So wie bei Jhering nicht jedes Raumverhältnis schon Besitz war, sondern erst das gewollte, so kann auch heute nur von tatsächlicher Gewalt gesprochen werden, wenn die Beziehung der Person zur Sache eine bewußte und gewollte ist. Überhaupt kann eine Beziehung

zwischen Subjekt und Objekt nur durch eine entsprechende Willensbildung des Subjekts begründet werden, ihren Ausgangspunkt nur in dem Willen des Sachherrn haben. Dieser Wille ist aber kein juristisch qualifizierter, sondern ein Wille in natürlichem Sinn. Deshalb kann auch ein in seiner Geschäftsfähigkeit Beschränkter oder ein Geschäftsunfähiger Besitz haben. Im Gegensatz dazu war nach Savigny's Besitzbegriff grundsätzlich nur der vollkommen Handlungsfähige, d.h. der zu allen Rechtsgeschäften Fähige, in der Lage, Besitz zu erwerben. Denn wer kein Eigentum für sich erwerben konnte, konnte auch keinen rechtlich relevanten Willen haben, über die Sache wie ein Eigentümer zu bestimmen, d.h. sie zu besitzen. Das entscheidende Gewicht liegt beim heutigen Besitzbegriff aber auf der objektivierten, auf der nach außen in Erscheinung tretenden Beziehung zur Sache. Beim unmittelbaren Besitz ist dies die tatsächliche Gewalt.

Soll trotz eines äußerlich vorhandenen Besitzverhältnisses kein Besitz anzunehmen sein, so bedarf es dazu einer Anordnung des Rechts. Dieser Satz Jhering's¹⁾ wurde verwirklicht in § 855. Der Besitzdiener hat nach außen hin die tatsächliche Gewalt. Aber auf Grund eines zwischen ihm und dem Besitzherrn bestehenden Verhältnisses wird nicht ihm, sondern seinem Besitzherrn der Besitz zugesprochen. Obwohl der Wortlaut des § 855 "für einen anderen" eine subjektive Interpretation zuläßt, beruht nach herrschender Meinung²⁾ die Besitzerstellung des Besitzherrn nicht auf dem Willen des Besitzdieners, sondern auf dem Verhältnis zwischen beiden, das den Besitzherrn zu Weisungen berechtigt, den Besitzdiener zu ihrer Befolgung verpflichtet. Bei § 855 kommt es darauf an, daß rechtlich ein Verhältnis besteht, vermöge dessen der Besitzdiener den sich auf die Sache beziehenden Weisungen Folge zu leisten hat; nicht maßgebend soll seine innere Einstellung sein, ob er auch innerlich entschlossen ist, dieser Gehorsamspflicht zu entsprechen. Das Begriffsmerkmal, daß die Sach-

1) Besitzwille, S. 52 f.

2) BGHZ 8, 130 (133); Staudinger-Seufert, § 855, 8; Soergel-Mühl, § 855, 4; Erman-Westermann, § 855, 10; Westermann, § 10 II 2; Hoche, Jus 1961, 74

herrschaft für einen anderen ausgeübt wird, wird als ein rein objektives angesehen.

Die Entscheidung, ob dem Besitzdiener Besitz oder Nichtbesitz zukommt, ist also abhängig von dem zugrundeliegenden Verhältnis, einem objektiven Merkmal, nicht von seiner Absicht, einem subjektiven Element. Er kann daher auch durch den bloßen Willen, für sich selbst zu besitzen, den Besitz des Besitzherrn nicht beenden, auch nicht, wenn er diesen Willen äußert oder erkennbar betätigt. Solange der Besitzdiener und der Gegenstand in der die Besitzdienerschaft begründenden Organisation verbleiben, bleibt dem Besitzherrn der Besitz erhalten.

Am unmittelbaren Besitz und bei der Besitzdienerschaft zeigt sich, daß der Besitzbegriff im Verlauf der Geschichte eine Entwicklung vom Subjektiven zum Objektiven hin erfahren hat. Die Entscheidung wird anhand objektiver Kriterien getroffen, nicht auf Grund einer besonderen Qualifikation des Willens. Diese Tendenz des BGB zu einer objektiven Betrachtung besteht auch außerhalb des Besitzrechts, z.B. bei § 133. Gemäß § 133 ist bei der Auslegung einer Willenserklärung vom wirklichen (= inneren) Willen des Erklärenden auszugehen. Bei empfangsbedürftigen Willenserklärungen kann dieser innere Wille jedoch nicht schlechthin entscheidend sein für den im Rechtsverkehr geltenden Inhalt der Willenserklärung. Denn der Erklärungsempfänger kennt regelmäßig diesen inneren Willen nicht; er hat als Anhaltspunkt nur die Erklärung. Daher ist nicht der innere Wille, sondern die objektive Erklärung maßgebend¹⁾. Mit § 133 läßt sich daneben der Beweis führen, daß es auf einen inneren Willen des Besitzmittlers zur Besitzvermittlung schon gar nicht ankommen kann. Zwar kann § 133 nicht für das Besitzrecht gelten. Besitz ist eine Tatsache, die Regeln über Willenserklärungen sind nicht anwendbar. Aber

1) RGZ 67, 433; BGHZ 47, 78; Staudinger-Coing, § 133, 10

in § 133 kommt der Gedanke zum Ausdruck, daß überall dort, wo eine Person zu ihrer Umwelt in Beziehung tritt, ihr Handeln auch danach beurteilt werden muß, wie es sich äußerlich darstellt, nicht danach, wie es innerlich von ihr beabsichtigt wurde. Dieser Gedanke muß über § 133 hinaus auch bei tatsächlichen Handlungen gelten. Ein innerer Willensentschluß des Besitzmittlers allein darf also auf keinen Fall von Bedeutung für den Fortbestand des Oberbesitzes sein.

Während man sich über eine Objektivierung des Besitzbegriffs einig war, soweit sie den unmittelbaren Besitz und die Besitzdienerschaft betraf, konnte man beim mittelbaren Besitz zu keiner Übereinstimmung gelangen. Einem Teil der Rechtswissenschaft erschien es unmöglich, daß eine rechtliche Beziehung über das Vorhandensein einer tatsächlichen entscheiden sollte. Denn sie gingen, wie oben¹⁾ erwähnt, von einer einheitlichen Definition des Besitzes aus, die sie dem § 854 entnahmen: Besitz wird erworben durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt. Wenn der Besitz aber eine tatsächliche Beziehung ist, dann haben rechtliche Gesichtspunkte außer Betracht zu bleiben. Auch die Beziehung des mittelbaren Besitzers zu dem Gegenstand muß daher - da sie ja Besitz ist - tatsächlicher Natur sein. Deshalb besitzt der mittelbare Besitzer nicht, weil er mit der Sache verbunden ist auf Grund eines Rechtsverhältnisses zwischen ihm und dem unmittelbaren Besitzer - das wäre eine rechtliche Verknüpfung -, sondern weil der Mittler den Willen hat, ihm den Besitz mit zu vermitteln.²⁾ Damit wird eine Lehre, die nach der geschichtlichen Entwicklung überholt ist, nämlich die Subjektivitätslehre Savigny's, wieder in § 868 hineingetragen.

Vermeidet man es, eine einheitliche Besitzdefinition aus § 854 herleiten zu wollen, und erkennt man an, daß das Gesetz

1) s. oben S. 88 ff.

2) Westermann, § 17, 5 d

mehrere selbständige Besitztatbestände aufführt¹⁾, nämlich

- § 854 I, Entstehung des Besitzverhältnisses durch Erlangung der tatsächlichen Gewalt,
 - § 854 II, Entstehung des Besitzverhältnisses durch eine Willenserklärung,
 - § 868, Entstehung des Besitzverhältnisses durch ein Rechtsverhältnis,
 - § 857, Entstehung des Besitzverhältnisses durch Erbfolge,
- dann kann man ohne Schwierigkeit auch für den mittelbaren Besitz die Entwicklung zu einem objektiven Besitzbegriff nachvollziehen. Es erscheint inkonsequent, daß von einer allgemeinen Objektivierung des Besitzbegriffs, wie sie bei § 854 und 855 vorgenommen wurde und wie sie in §§ 870, 871 zum Ausdruck gekommen ist, der mittelbare Besitz nicht erfaßt sein soll.

So wie beim unmittelbaren Besitz nicht mehr als Tatbestandselement der Wille verlangt wird, die Sache für sich innezuhaben und bei § 855 die Besitzerstellung des Besitzherrn nicht auf dem Willen des Besitzdieners beruht, so kann auch der Fremdbesitzerwille beim mittelbaren Besitz kein Merkmal des Tatbestandes sein. Mittelbarer Besitz entsteht bei Vorliegen zweier Faktoren:

- die Sache muß im unmittelbaren Besitz des Besitzmittlers sein,
- zwischen dem Besitzmittler und dem mittelbaren Besitzer muß ein Rechtsverhältnis bestehen, wie es in § 868 beschrieben ist.

Dieses Rechtsverhältnis muß grundsätzlich gültig sein. Denn der mittelbare Besitz hat, wie die geschichtliche Entwicklung des Besitzbegriffs zeigt, seine Grundlage nicht in dem subjektiven Merkmal der Anerkennung durch den unmittelbaren Besitzer, sondern in der objektiven Tatsache eines der Besitzüberlassung zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses. Gerade die-

1) vgl. auch Sandtner, S. 47 ff, der vier Besitztatbestände herausarbeitet: die Begründung des Besitzverhältnisses durch eine Handlung (§ 854 I und 854 II), durch Gesetz (§ 857 als Hauptfall), durch ein Rechtsverhältnis (§§ 868, 855) und durch einen Staatsakt.

ses Rechtsverhältnis vermittelt die Herrschaftsbeziehung des mittelbaren Besitzers zur Sache. Ein Wille ist im Besitzrecht nur insoweit erheblich, als er irgendwie objektiviert ist, beim unmittelbaren Besitz in Form einer räumlich-körperlichen Herrschaft, beim mittelbaren Besitz in Form des Rechtsverhältnisses. Mit dieser Erkenntnis verträgt sich nicht die Auffassung, daß ein Putativverhältnis genüge, der Wille allein eine Besitzbeziehung herstellen könne. Das Rechtsverhältnis muß deshalb grundsätzlich gültig sein. Ausnahmsweise entsteht mittelbarer Besitz auch im Fall einer Ungültigkeit des Rechtsverhältnisses. Dann muß jedoch ein gültiger Herausgabeanspruch, etwa aus ungerechtfertigter Bereicherung oder Geschäftsführung ohne Auftrag, existieren. Denn wollte man in einem solchen Fall das Entstehen mittelbaren Besitzes verneinen, dann würden den, der seinen unmittelbaren Besitz in mittelbaren umwandeln wollte, erhebliche Nachteile treffen. Er würde jeden Besitz verlieren und damit gegen Besitzstörungen völlig schutzlos sein; ihm käme die Eigentumsvermutung des § 1006 nicht mehr zugute, die Ersitzungsmöglichkeit wäre unterbrochen. Aus praktischen Erwägungen muß daher ausnahmsweise trotz der Ungültigkeit des vereinbarten Rechtsverhältnisses mittelbarer Besitz entstehen. Dazu reicht aber nicht die Anerkennung durch den Besitzmittler aus, sondern Voraussetzung ist ein objektiv gültiger Herausgabeanspruch.

Eine subjektive Anerkennung des mittelbaren Besitzers durch den Besitzmittler ist neben den beiden soeben genannten Elementen mittelbaren Besitzes, dem unmittelbaren Besitz des Mittlers und dem Rechtsverhältnis im Sinn des § 868 nicht erforderlich. Denn das Besitzverhältnis wird beim mittelbaren Besitz durch das Rechtsverhältnis begründet. Diese Aussage steht in Übereinstimmung mit der allgemeinen Entwicklung des Besitzbegriffs vom gemeinen Recht zum BGB, insbesondere jedoch auch mit der Ansicht derer, die das BGB geschaffen haben. Die Beziehung des mittelbaren Besitzers zur Sache besteht ihrer Meinung nach auf Grund eines mit dem Inhaber der tatsächlichen Gewalt vereinbarten Rechtsverhältnisses¹⁾.

1) Mugdan, Bd III, S. 514; siehe auch bereits oben S. 70

Nicht nur die Entstehung, sondern auch der Fortbestand des mittelbaren Besitzes ist von den beiden genannten Voraussetzungen abhängig. Der mittelbare Besitz wird also nur dann beendet, wenn

- der Besitzmittler den unmittelbaren Besitz verliert, sei es, daß die Sache untergeht, sei es, daß ihm der unmittelbare Besitz entzogen wird, sei es, daß er die Sache freiwillig weitergibt, ohne mittelbarer Besitzer zu werden (letzteres wäre ein Fall des § 871, der mittelbare Besitz des ursprünglichen mittelbaren Besitzers bliebe bestehen).
- das zugrundeliegende Rechtsverhältnis erlischt und der Herausgabeanspruch untergeht, so bei Rückgabe der Sache an den mittelbaren Besitzer, bei Abschluß eines Erlaßvertrages, bei Konfusion, bei Vereinbarung, daß der bisherige Besitzmittler eine Besitzdienerstellung einnehmen soll.

Dagegen hat auf den Bestand des mittelbaren Besitzes bei fortbestehendem unmittelbarem Besitz die Erklärung des unmittelbaren Besitzers, daß er die Sache von nun an als Eigenbesitzer oder für eine dritte Person haben wollte, keinen Einfluß. Insbesondere der Abschluß eines neuen Besitzmittlungsverhältnisses mit einem Dritten als Dokumentation eines geänderten Besitzwillens kann den mittelbaren Besitz nicht zum Erlöschen bringen. Da der mittelbare Besitz von einem Willen des Besitzmittlers zu einer Besitzvermittlung unabhängig ist, beeinflußt eine Änderung dieses Willens nicht die Fortdauer des mittelbaren Besitzes¹⁾.

Dritter Teil: Lösung des Problems des Nebenbesitzes

A. Auswirkung des im Zweiten Teil gewonnenen Ergebnisses auf die Frage nach dem Nebenbesitz

Das Ergebnis des Zweiten Teils der Arbeit wirkt sich auf die Frage nach dem Nebenbesitz folgendermaßen aus: Geht der Besitzmittler mit einem Dritten ein weiteres, Besitz ver-

1) Sandtner, S. 91

mittelndes Rechtsverhältnis ein, so bleibt der mittelbare Besitz des ersten mittelbaren Besitzers bestehen. Dabei ist es unerheblich, ob der Besitzmittler ausschließlich für den Dritten besitzen oder auch noch dem bisherigen mittelbaren Besitzer den Besitz vermitteln will. Denn der mittelbare Besitz ist nicht von einem Besitzmittlungswillen abhängig, sondern beruht auf dem zugrundeliegenden Rechtsverhältnis. Das alte Rechtsverhältnis ist durch den Abschluß des neuen Besitzmittlungsverhältnisses aber nicht zerstört worden. Der Besitzmittler kann sich von dem mittelbaren Besitz nur insofern einseitig lösen, als er sich selbst die Herausgabe der Sache an seinen Oberbesitzer unmöglich macht, d.h. den unmittelbaren Besitz aufgibt, ohne sich mittelbaren Besitz vorzubehalten, indem er z.B. ein Verhältnis nach § 871 begründet.

Zu dem ursprünglichen mittelbaren Besitz tritt durch die Vereinbarung des Besitzmittlers mit einem Dritten ein weiterer mittelbarer Besitz hinzu. Es spielt keine Rolle, ob der unmittelbare Besitzer zur Begründung weiteren mittelbaren Besitzes berechtigt war oder ob er damit pflichtwidrig handelte, da zu den Voraussetzungen des mittelbaren Besitzes, wie gerade festgestellt, nur der unmittelbare Besitz des Mittlers und ein Rechtsverhältnis zwischen ihm und dem neuen mittelbaren Besitzer nach Art des § 868 gehören. Eine aus dem Rechtsverhältnis zwischen Besitzmittler und ursprünglichem mittelbaren Besitzer möglicherweise resultierende Verpflichtung, keinen weiteren mittelbaren Besitz zu begründen, hindert nicht die Entstehung eines zweiten mittelbaren Besitzes, sondern macht den Besitzmittler allenfalls schadensersatzpflichtig¹⁾.

Es existieren somit in Bezug auf denselben Gegenstand zwei Besitzmittlungsverhältnisse und zwei mittelbare Besitzer, deren Beziehungen zur Sache nebeneinander bestehen. Sie sind keine Mitbesitzer, da ihr mittelbarer Besitz auf zwei voneinander unabhängigen Rechtsverhältnissen beruht, mittelbarer

1) vgl. unten S. 100

Mitbesitz aber ein gemeinsames Rechtsverhältnis voraussetzen würde.

Ihr Besitz ist ein Nebenbesitz.

Auf das in der Einleitung erwähnte Beispiel übertragen bedeutet das: L vermittelt als unmittelbarer Besitzer der bei ihm eingelagerten Ware dem V als Eigentümer den mittelbaren Besitz auf Grund des Lagervertrages L - V. Durch Vereinbarung eines weiteren Verwahrungsvertrages mit D erhält auch D mittelbaren Besitz an derselben Ware. Dadurch geht der mittelbare Besitz des V nicht verloren. V und D haben an den bei L eingelagerten Gegenständen im Gegensatz zur Auffassung des Reichsgerichts Nebenbesitz. Es sei besonders darauf hingewiesen, daß dieser Nebenbesitz weder auf dem Willen des L basiert, weiterhin auch für V zu besitzen, noch auf der Einwirkungsmöglichkeit des V, die sich aus dem Verhalten des L ergibt¹⁾. Auch wenn L nur noch ausschließlich für D besitzen will, entsteht für V und D Nebenbesitz, da der mittelbare Besitz des V auf seinem Vertrag mit L, nicht auf dessen Anerkennung beruht.

B. Aus der Anerkennung des Nebenbesitzes sich ergebende Konsequenzen

Da das BGB die Figur des Nebenbesitzes nicht erwähnt, trifft es auch keine Aussage über das Verhältnis der Nebenbesitzer untereinander, zu ihrem gemeinsamen Besitzmittler oder zu Dritten. Es bleibt daher zu untersuchen, inwieweit die Normen über den Besitzschutz und die mit dem Besitz verknüpfte Eigentumsvermutung auf eine Nebenbesitzlage übertragbar sind und - als für den Ausgangsfall wichtigster Punkt - ob die Erlangung einer Nebenbesitzposition ausreicht zum gutgläubigen

1) so allerdings die Mehrzahl der einen Nebenbesitz bejahenden Vertreter der Rechtslehre; Dölle, Wolff-Raiser, v. Staudinger-Kober (s. oben S. 21, N. 3-5), Westermann (s. oben S. 23, N. 1), Wessels (s. oben S. 25, N. 1), Baur, Palandt-Degenhart, Medicus, Lange (s. oben S. 25, N. 5-8), Paulus, Pohle (s. oben S. 26, N. 23), Weise (s. oben S. 27, N. 1)

Erwerb des Eigentums nach § 934.

Grundsätzlich sind auf den Nebenbesitz als eine Form mittelbaren Besitzes auch die Regeln über diesen anzuwenden. Soweit sich aus der Tatsache, daß mehreren dieser mittelbare Besitz zusteht, Besonderheiten ergeben, werden sie im folgenden dargestellt. Auf keinen Fall können die Nebenbesitzer wie Mitbesitzer behandelt werden. Dazu sind die beiden Besitzfiguren zu verschieden. Denn die mittelbaren Mitbesitzer besitzen auf Grund eines gemeinsamen Verhältnisses zum Besitzmittler. Bei den mittelbaren Nebenbesitzern fehlt aber diese rechtliche Verbindung. Ihr mittelbarer Besitz besteht zwar auch an einer Sache, sie haben einen gemeinsamen Besitzmittler, ihr Besitz beruht jedoch auf zwei voneinander unabhängigen Besitzmittlungsverhältnissen.

I. Verhältnis der Nebenbesitzer zu ihrem Besitzmittler

Das Verhältnis der Nebenbesitzer zu ihrem Besitzmittler bestimmt sich nach dem jeweils zugrundeliegenden Rechtsverhältnis.

Solange der mittelbare Besitz besteht, kann jeder Nebenbesitzer auf Grund des Rechtsverhältnisses Herausgabe der Sache vom Besitzmittler verlangen, und zwar ohne Rücksicht auf den anderen Nebenbesitzer Herausgabe an sich allein. Denn die mittelbaren Besitzer besitzen auf Grund zweier voneinander unabhängiger Rechtsverhältnisse, so daß auch zwei voneinander unabhängige Herausgabeansprüche existieren.

Hat der Besitzmittler die Sache an einen der Nebenbesitzer herausgegeben, so kann der andere, dessen mittelbarer Besitz dadurch untergegangen ist, von dem Besitzmittler aus dem zugrundeliegenden Verhältnis Schadensersatz wegen Unmöglichkeit der Herausgabe verlangen (§§ 280, 325).

Hat der Besitzmittler die Sache ohne Vorbehalt mittelbaren Besitzes an einen Dritten weitergegeben und dadurch den mittelbaren Besitz beider Nebenbesitzer zerstört, so steht der Schadensersatzanspruch wegen Unmöglichkeit der Herausgabe beiden Nebenbesitzern zu.

War der Besitzmittler auf Grund des Rechtsverhältnisses mit dem ersten mittelbaren Besitzer verpflichtet, keinen weiteren mittelbaren Besitz zu begründen, so kann der ursprüngliche mittelbare Besitzer im Falle der Zuwiderhandlung Schadensersatz wegen Verletzung der vertraglichen Abrede fordern.

II. Beziehung der Nebenbesitzer zu Dritten

Der Besitz enthält eine Vermutung für das Eigentum an der Sache, § 1006 III. Dies gilt auch für den Nebenbesitz.

§ 1006 III kommt den Nebenbesitzern aber nur im Verhältnis zu Dritten zugute¹⁾.

Wird der Besitzmittler in der Ausübung des unmittelbaren Besitzes von einem Dritten gestört oder entzieht dieser ihm sogar den Besitz, dann hat der Mittler ein Selbsthilferecht nach § 859, Ansprüche wegen Besitzentziehung beziehungsweise Besitzstörung aus § 861 beziehungsweise § 862 und den Anspruch aus früherem Besitz gemäß § 1007. Den Nebenbesitzern stehen diese Rechte nur teilweise zu. Sie sind nicht zur Selbsthilfe nach § 859 berechtigt, da § 859 nur den unmittelbaren, nicht dagegen den mittelbaren Besitzer schützt²⁾.

§ 869 jedoch gibt ihnen als mittelbaren Besitzern die Besitzklagen gemäß §§ 861, 862. Voraussetzung der Besitzschutzklage ist die Verübung verbotener Eigenmacht gegen den unmittelbaren Besitzer. Ist die Entziehung oder Störung vom Gesetz gestattet oder handelt der Dritte im Einverständnis mit dem Besitzmittler, dann liegt ein widerrechtlicher Eingriff nicht vor³⁾. Allerdings können bei einer vorherigen Zustimmung des Besitzmittlers zum Eingriff seitens des Dritten den geschädigten Nebenbesitzern Schadensersatzansprüche zustehen: gegen den Besitzmittler aus dem Rechtsverhältnis, gegen den Dritten aus §§ 823, 826⁴⁾.

1) Westermann, § 19 II 4 b

2) Staudinger-Seufert, § 869, 1; RGRK, § 869, 1

3) Staudinger-Seufert, § 869, 5; RGZ 68, 386 (389); 105, 413 (415)

4) RG JW 1931, 2904; Enneccerus-Lehmann, § 234 I 1 c

Im Falle verbotener Eigenmacht treten die Besitzschutzansprüche der Nebenbesitzer selbständig neben den des unmittelbaren Besitzers. Daher kann eine nachträgliche Zustimmung des Besitzmittlers, die die Widerrechtlichkeit der Entziehung des Besitzes beseitigt, die Ansprüche der Nebenbesitzer nicht mehr zum Erlöschen bringen.

Schwierigkeiten bereitet bei einer Nebenbesitzlage allerdings der Inhalt der Klage wegen Besitzentziehung. In der Regel muß der mittelbare Besitzer Wiedereinräumung des unmittelbaren Besitzes an den früheren unmittelbaren Besitzer verlangen, § 869 Satz 2 Halbsatz 1. Ausnahmsweise kann er Herausgabe der Sache an sich selbst fordern, wenn der frühere unmittelbare Besitzer den unmittelbaren Besitz nicht mehr übernehmen kann oder will, § 869 Satz 2 Halbsatz 2. Kann auch ein Nebenbesitzer Herausgabe der Sache an sich allein oder kann er nur Wiedereinräumung des Besitzes an beide Nebenbesitzer verlangen? Da die Nebenbesitzer im Gegensatz zu Mitbesitzern untereinander kein rechtliches Band verbindet, jeder Nebenbesitzer auf Grund des Rechtsverhältnisses von dem Besitzmittler die Herausgabe der Sache an sich allein verlangen kann, muß er auch von dem Dritten Herausgabe an sich allein fordern können, wenn der Besitzmittler den unmittelbaren Besitz nicht wieder übernehmen will¹⁾. Einräumung des unmittelbaren Besitzes an einen mittelbaren Besitzer allein ist in der Regel unmöglich im Falle mittelbaren Mitbesitzes; ein Mitbesitzer kann nur zugunsten aller übrigen Mitbesitzer die Herausgabe fordern. Der Nebenbesitz unterliegt aber diesen für den Mitbesitz geltenden Regeln gerade nicht.

Neben der possessorischen Klage des § 861 haben die Nebenbesitzer auch die petitorische Besitzklage aus § 1007 gegen den Dritten. Danach können sie als die früheren Besitzer - es ist unerheblich, daß sie keine unmittelbaren sondern mittelbare Besitzer waren²⁾ - Herausgabe der Sache verlangen, wenn der jetzige Besitzer beim Erwerb des Besitzes nicht in

1) Wessels, S. 61

2) Wolff-Raiser, § 23 I; Palandt-Degenhart, § 1007, 2a; Soergel-Mühl, § 1007, 2

gutem Glauben (§ 1007 I) oder zwar gutgläubig war, die Sache den mittelbaren Besitzern aber abhanden gekommen ist (§ 1007 II). Man wird jedoch die Einschränkung machen müssen, daß sie analog zu § 869 die Einräumung des Besitzes an sich selbst nur verlangen können, wenn ihr Besitzmittler den unmittelbaren Besitz nicht mehr übernehmen kann oder will¹⁾.

Hat der Besitzmittler dem Dritten die Sache freiwillig gegeben, so erscheint fraglich, ob der Besitzklage der mittelbaren Besitzer dadurch nicht gemäß § 1007 III die Basis entzogen worden ist. Nach einhelliger Meinung ist eine vom unmittelbaren Besitzer aufgegebenen Sache zwar keine dem mittelbaren Besitzer abhanden gekommene, sie kann aber nicht als von ihm selbst aufgegeben gelten²⁾. Die freiwillige Besitzentäußerung durch den Besitzmittler beeinflußt daher nicht den Anspruch der Nebenbesitzer aus § 1007 I, wohl aber den aus § 1007 II.

III. Verhältnis der Nebenbesitzer untereinander

Die mit dem Besitz verbundene Eigentumsvermutung (§ 1006 III) hebt sich im Verhältnis der Nebenbesitzer zueinander auf: es kommt auf einen Nachweis des Eigentums an³⁾.

Hat einer der Nebenbesitzer dem unmittelbaren Besitzer den Besitz ohne dessen Willen entzogen oder ihn im Besitz gestört, so stehen dem anderen Nebenbesitzer die Besitzschutzklagen gemäß §§ 869, 861, 862 genauso zu wie bei einer Besitzentziehung oder -störung durch einen Dritten⁴⁾. Die Klage aus § 1007 kann der Nebenbesitzer dagegen nur erheben, wenn der mittelbare Besitz für ihn zuerst begründet worden war, wenn er der frühere mittelbare Besitzer ist. Hatte er den mittelbaren Besitz zeitlich nach dem den Besitz störenden oder entziehenden mittelbaren Nebenbesitzer erworben, dann fehlt ihm

1) Palandt-Degenhart, § 1007, 2a

2) Planck-Brodmann, § 1007, 3 b ; Staudinger-Berg, § 1007 IV A 3 c; Soergel-Mühl, § 1007, 5; Palandt-Degenhart, § 1007, 2 c; Westermann, § 35 II 3

3) Westermann, § 19 II 4 b

4) vgl. oben S. 101

das von § 1007 geforderte "bessere Recht" zum Besitz.

Gibt der unmittelbare Besitzer den Gegenstand an einen der Nebenbesitzer heraus, dann erlischt der mittelbare Besitz und damit die Nebenbesitzlage. Derjenige Nebenbesitzer, an den die Sache herausgegeben wurde, wird unmittelbarer Alleinbesitzer. Der andere Nebenbesitzer hat gegen ihn nicht die Besitzentziehungsklage aus §§ 869, 861; denn der Besitzmittler hat sich freiwillig des Besitzes begeben; es ist keine verbotene Eigenmacht ihm gegenüber verübt worden.

Der Anspruch aus § 1007 I steht ihm nur dann zu, wenn er der frühere mittelbare Besitzer ist, wenn also der Besitzmittler die Sache dem später hinzugekommenen Nebenbesitzer ausgehändigt hat. § 1007 III schließt den Anspruch nicht aus, da der vom unmittelbaren Besitzer aufgegebene Besitz nicht als vom mittelbaren Besitzer selbst aufgegeben gelten kann, wenn die Herausgabe gegen oder ohne dessen Willen geschah¹⁾. Hat dagegen der Besitzmittler die Sache an den ursprünglichen mittelbaren Alleinbesitzer herausgegeben, so kann sich der zweite Nebenbesitzer wegen seines späteren Besitzerwerbs nicht auf § 1007 I berufen.

Dagegen ist die Klage nach § 1007 II stets ausgeschlossen, da die vom unmittelbaren Besitzer freiwillig an den Nebenbesitzer nicht abhanden gekommen ist²⁾.

Das wichtigste Problem des mittelbaren Nebenbesitzes ist jedoch die Frage, ob er eine ausreichende Grundlage für den Eigentumserwerb vom Nichtberechtigten bildet. Kann der Nebenbesitzer, der Eigentümer der Sache war und an den der Besitzmittler den Gegenstand nicht herausgegeben hat, von dem zweiten Nebenbesitzer, der die Sache erlangt hat und nunmehr unmittelbarer Alleinbesitzer geworden ist Herausgabe gemäß § 985 verlangen?

Auf den eingangs³⁾ geschilderten Fall übertragen: Hat D das

1) vgl. bereits oben S. 103

2) vgl. bereits oben S. 103

3) vgl. bereits oben S. 1

Eigentum an der bei L eingelagerten Ware bereits dadurch erworben, daß er mit L einen Besitzmittlungsvertrag schloß und dadurch mittelbaren Nebenbesitz erlangte?

In Betracht kommt nur ein gutgläubiger Erwerb nach § 934, Halbsatz 2.

Der Veräußerer K war weder Eigentümer der Ware noch hatte er überhaupt einen Besitz an ihr. D konnte daher durch bloße Abtretung des in Wirklichkeit nicht bestehenden Herausgabeanspruchs K gegen L noch nicht das Eigentum erlangen. Erst mit Einräumung des Besitzes durch den Dritten L wird er in diesem Fall Eigentümer. Dabei genügt es nach herrschender Meinung¹⁾, daß der Erwerber von dem Dritten mittelbaren Besitz erlangt. L hatte D mittelbaren Besitz verschafft, allerdings nicht mittelbaren Allein-, sondern mittelbaren Nebenbesitz.

Das Reichsgericht²⁾ hatte dem bisherigen Eigentümer das Eigentum abgesprochen und einen Erwerb vom Nichtberechtigten gemäß § 934, 2. Halbsatz angenommen. Allerdings hatte das Reichsgericht die Möglichkeit eines Nebenbesitzes grundsätzlich verneint. Wie oben³⁾ nachgewiesen ist jedoch im Gegensatz dazu ein Nebenbesitz zu bejahen, wenn der Besitzmittler mit zwei Personen ein Besitzmittlungsverhältnis über dieselbe Sache vereinbart.

Nach Ansicht des OLG Hamburg⁴⁾ reicht ein solcher mittelbarer Nebenbesitz für den gutgläubigen Erwerb nach § 934, 2. Halbsatz aus.

Dagegen ist Probst⁵⁾ der Auffassung, daß ein gutgläubiger Erwerb des Eigentums nur dann stattfinden könne, wenn das Vertrauen des Erwerbers in das Eigentum des Veräußerers einen Niederschlag in den Besitzverhältnissen des Erwerbers gefunden habe. Bei einem Vergleich zwischen bisherigem Eigen-

1) RGZ 89, 348 (349); 135, 75 (77); 138, 265 (267); RG Gruchot 53, 693 (194); BGH NJW 1959, 1538; Staudinger-Seufert, § 934, 2; RGRK, § 934, 6; Planck-Brodmann, § 934, 2; Wolff-Raiser, § 69 II 2 d; Probst, S. 220; Palandt-Degenhart, § 934, 3; Soergel-Mühl, § 934, 3; Westermann, § 48 II 3

2) vgl. oben S. 7 f.

3) vgl. oben S. 97 ff.

4) OLGZ 13, 200

5) ZHR 101, 199 ff.

tümer und Erwerber müßten die Besitzverhältnisse zugunsten des letzteren sprechen. In den §§ 932, 933 werde das Erfordernis eines vollen Besitzwechsels aufgestellt. Der Erwerber müsse den Besitz erlangen, der bisherige Eigentümer dürfe keinen Besitz mehr haben. Solange noch eine tatsächliche Beziehung zwischen ihm und der Sache bestehe, könne nicht gutgläubig Eigentum an dieser Sache erworben werden.

Überträgt man diese Forderung auf die Nebenbesitzlage, dann muß man einen gutgläubigen Erwerb des zweiten Nebenbesitzers verneinen. D hat zwar durch den Abschluß des Besitzmittlungsverhältnisses mit L eine mittelbare Besitzbeziehung zu der bei L eingelagerten Ware erhalten; es ist jedoch keine uneingeschränkte Beziehung, da die gleiche Sachherrschaft weiterhin dem V zukommt. Erwerber und Eigentümer haben die gleiche Besitzposition, beide sind mittelbare Besitzer der bei L lagernden Ware. Das BGB gibt den Interessen des gutgläubigen Erwerbers aber nur dann den Vorzug vor den Interessen des Eigentümers auf Erhaltung seines Eigentums, wenn der Erwerber die volle uneingeschränkte Sachherrschaft erlangt hat¹⁾. Zugunsten des Erwerbers muß eine eindeutige Veränderung in den Besitzverhältnissen eingetreten sein. Solange dies nicht geschehen ist, solange noch zugunsten des bisherigen Eigentümers oder auch eines Dritten, etwa des nichtberechtigten Veräußernden²⁾ eine Sachbeziehung fortbesteht, scheitert der gutgläubige Erwerb des Eigentums³⁾.

Erst wenn fremde Besitzbeziehungen beendet sind, ist ein gutgläubiger Erwerb möglich.

Bei einer Veräußerung nach § 929 enden die fremden Besitzbeziehungen im Zeitpunkt der Übergabe (§ 932).

Bei einer Eigentumsübertragung durch Besitzkonstitut (§ 930) tritt der Eigentumserwerb ebenfalls erst mit der Übergabe ein (§ 933), nicht bereits mit Vereinbarung des Besitzkonstituts. Denn erst im Zeitpunkt der Übergabe steht fest, daß tatsäch-

1) Westermann, § 48 III

2) Westermann, § 45 III 3; Medicus, § 22 IV 1 b

3) Baur, § 52 II 3 a

liche Beziehungen anderer Personen nicht mehr bestehen, daß die Besitzlage des Erwerbers so ist, daß sie jede Art von Besitz des Veräußerers ausschließt.

Wendet man diesen Grundgedanken der Notwendigkeit eines vollständigen Wechsels im Besitz auf § 934, 2. Halbsatz und den Nebenbesitz an, so bedeutet das: die Erlangung des Nebenbesitzes genügt nicht den Anforderungen des § 934, Halbsatz 2, da kein Besitzwechsel stattgefunden hat, sondern der Eigentümer die Sache nach wie vor besitzt und nur ein gleicher Besitz des Erwerbers neben den des Eigentümers getreten ist. Solange der Erwerber aber keine bessere Besitzposition als der Eigentümer aufweisen kann, vermag er auch kein Eigentum zu erlangen. Mit der Einräumung des Nebenbesitzes erhält D daher nicht das Eigentum an der Ware. Solange sich die Ware im Lager des L befindet, ist V der Eigentümer. Erst ein Verlust seines Nebenbesitzes und die Begründung eines Alleinbesitzes des D durch Herausgabe der Ware seitens des L an D führt auch zum Verlust des Eigentums des V, immer vorausgesetzt, D war in Bezug auf das Eigentum des V auch gutgläubig.

C) Zusammenfassung

Zwei Argumente waren es, die von Rechtsprechung¹⁾ und Literatur²⁾ gegen die Figur des Nebenbesitzes angeführt worden waren: das Argument der Unmöglichkeit³⁾ und der Rechtsverworfenheit⁴⁾. Daß der Nebenbesitz nicht der Struktur des Besitzrechts widerspricht, nicht logisch unmöglich ist, wurde bereits dargelegt⁵⁾.

Das Argument der Verwirrung wird durch die Tatsache widerlegt, daß die Besitzlage stabiler ist, wenn man einen Nebenbesitz anerkennt. Denn wollte man den mittelbaren Besitz abhängig machen von dem Willen oder dem Verhalten des Besitz-

1) s. oben S. 11, N. 2

2) s. oben S. 12, N. 1 und 2

3) s. oben S. 12 ff.

4) s. oben S. 16

5) s. oben S. 28 ff.

mittlers, so wäre es in sein Belieben gestellt, wem er den mittelbaren Besitz vermitteln will. Je nach Lust und Laune des Mittlers würde der mittelbare Besitz ständig wechseln. Besteht dagegen der mittelbare Besitz solange wie der Besitzmittler im Besitz der Sache ist und das Rechtsverhältnis zum mittelbaren Besitzer fort dauert, dann ist ein ständiger, nicht klar erkennbarer Wechsel im Besitz nicht möglich. Die Figur des Nebenbesitzes führt zudem nicht - wie das Reichsgericht befürchtet hatte¹⁾ - zu Unklarheiten im Verhältnis der Nebenbesitzer zueinander, zu ihrem Besitzmittler oder zu Dritten.

Schließlich zeigt gerade das Ergebnis zum gutgläubigen Erwerb des Eigentums durch den neuen mittelbaren Besitzer, daß es rechtspolitisch wünschenswerter ist, einen Nebenbesitz zu bejahen.

Das Risiko, das Eigentum durch rechtsmißbräuchliches Handeln des Besitzmittlers zu verlieren, ist für den mittelbaren Besitzer geringer. Es geht ihm erst dann verloren, wenn seine besitzrechtliche Beziehung erloschen ist. Dies kann nur dadurch geschehen, daß eine Veränderung bezüglich des unmittelbaren Besitzes des Mittlers oder hinsichtlich des Rechtsverhältnisses eintritt.

1) s. oben S. 16

Lebenslauf

Am 13. Juni 1947 wurde ich als zweites Kind des Dipl. Ing. Josef Brem und seiner Ehefrau Klara, geb. Schwan in Gensungen geboren.

Von 1953 bis 1957 besuchte ich die Volksschule in Gensungen, danach die König-Heinrich-Schule in Fritzlar, wo ich nach neunjähriger Gymnasialzeit am 15.2.1966 das Abitur ablegte.

Am 18.4.1966 begann ich an der Philipps-Universität in Marburg Jura zu studieren. Im Juli 1970 meldete ich mich zur ersten juristischen Staatsprüfung beim Justizprüfungsamt Frankfurt/Main und bestand das erste Staatsexamen am 9. Februar 1971 mit der Note "voll befriedigend".

In der folgenden Zeit war ich zeitweise als wissenschaftliche Bedienstete im juristischen Fachbereich der Marburger Universität tätig. Am 1. Dezember 1972 begann ich den Referendardienst in Hessen. Die zweite juristische Staatsprüfung bestand ich am 3. Juli 1975 mit der Note "gut". Seit dem 1. Oktober 1975 bin ich Richterin auf Probe am Landgericht in Kassel.

